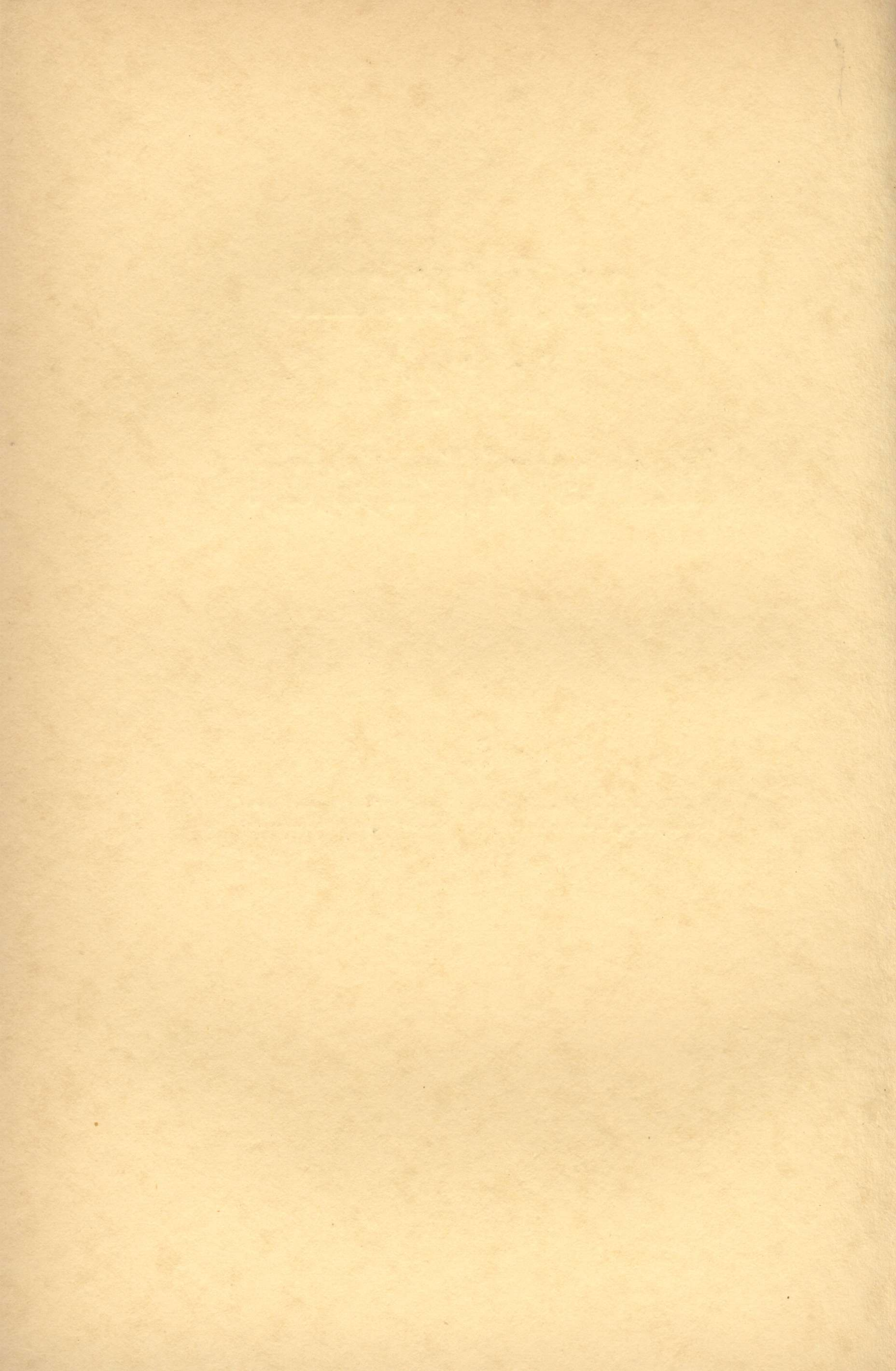
Das Judentum in der Rechtswissenschaft

8.

Rechtsquellenlehre und Judentum



Das Judentum in der Rechtswissenschaft

8.

Rechtsquellenlehre und Judentum

Prof. d. Rechte Dr. Erich Jung:

Positivismus, Freirechtschule, neue Rechtsquellenlehre

Deutscher Rechts-Verlag / Berlin W 35

Inhalt

Positivismus, Freirechtschule, neue Rechtsquellenlehre

Von Professor der Rechte Dr. Erich Jung, Marburg

I.

Das Rechtsquellenproblem.

Man könnte vier Hauptfragen der Rechtsphilosophie oder der grundsätzlichen, „überpositiven" Begründung geschichtlicher Rechtsinhalte unterscheiden. Der oberste von diesen Fragenkreisen wäre die Begründung des sittlichen Werturteils überhaupt oder der Unterscheidung von gut und böse; gegenüber der grundsätzlichen Verneinung alles Ethischen durch die Sophisten in der Antike und durch den neuzeitlichen Anarchismus (Max Stirner, Krapotkin). Die zweite Hauptaufgabe einer aufbauenden Rechtsphilosophie ist die Begründung des Rechtszwangs oder der Befugnis der zum Staat geordneten Gesamtheit, durch Heerbann und Gerichtsbann Gehorsam zu erzwingen und zu strafen; gegenüber der grundsätzlichen Verneinung von Gerichtshoheit und Kriegshoheit durch Anarchismus und Pazifismus. Verglichen mit diesen obersten beiden Verneinungen, die, folgerichtig durchgeführt, zur gänzlichen Zerstörung des staatlichen und rechtlichen Zusammenlebens, zum völligen Nihilismus auf diesen Gebieten führen würden, treten die beiden anderen Hauptfragen der Rechtsphilosophie, die man formuliert hat, sicher an grundsätzlicher Bedeutung zurück. Eine von diesen ist die nach einer zweiten, anderen Art von geltendem Recht, gegenüber dem gesetzten, positiven, geschichtlichen, überlieferten usw. Recht dieser bestimmten Volksgemeinschaft auf dieser bestimmten Stufe ihres geschichtlichen Daseins; nach einer anderen Art von geltendem Recht; nicht etwa nur von einer erdachten oder für wünschenswert gehaltenen, kommenden, idealen, utopischen usw. Rechtsordnung ist die Frage. Für diese andere Art Recht neben dem sogenannten „positiven" — welches

letztere gleich unten genauer begrifflich zu bestimmen ist — ist der Ausdruck „Billigkeit", billiges Recht — richtiger Verhütung von Unbill, da, wie schon Grotius, Schopenhauer und Eugen Dühring richtig erkannt haben, die Abwehr friedensstörender Kränkung durch Notwehr oder Gerichtshilfe die eigentliche tatsächliche Erscheinung des Rechtslebens darstellt[1], — wesentlich besser als Ausdrücke wie Vernunftrecht, Naturrecht oder „richtiges Recht"; welcher letztere Ausdruck sogar einen Zirkel oder einen Widersinn bedeutet. Auch der Ausdruck „Vernunftrecht" ist irreführend; er ruft notwendig die Vorstellung wach, als ob der Gegensatz dazu, das geschichtliche, überlieferte usw. Recht dieser bestimmten Volksgemeinschaft unvernünftiges Recht wäre[2]. Wo der Rechtsuchende — Richter oder sonstiger Beteiligte — in der schon vorliegenden staatlich-gesellschaftlichen Erfahrung seiner geschichtlichen Volksgemeinschaft, also in ihm überlieferten Rechtssätzen, eine Lösung nicht finden kann für die ihm vorliegende Frage — die bekanntlich mindestens der Richter immer mit ganz bestimmtem Ja oder Nein beantworten muß, deren Beantwortung er nicht sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (Code Civil Art. 4) ablehnen darf —, muß er eben die Antwort selber finden, aus seinem eigenen Rechtsverstande, aus seinem „Rechtsgewissen", wie ich mir zu prägen erlaubt habe[3]; und diese Art von Rechtsgewinnung erfordert selbstverständlich immer einen größeren Aufwand von geistiger Arbeit und von Verantwortungsmut, als wenn das Urteil aus schon vorliegender gesellschaftlicher Erfahrung dieser Rechtsgemeinschaft über notwendige Kränkungsabwehr, also aus überlieferten Rechtsregeln zu gewinnen war. Jene Notwendigkeit tritt aber bekanntlich sehr häufig ein; im Gegensatz zu dem, was der äußerste theoretische Positivismus behauptet hat (vgl. den nächsten Abschnitt), was freilich das Rechtsleben und die Rechtsanwendung glücklicherweise niemals mitgemacht haben, auch wenn der Richter theoretisch jenen Positivismus oder die „Allgesetzlichkeit" anerkannte; in Verleugnung seines unentziehbaren Anteils am „Imperium". In der Schrift über den Streit der Fakultäten umschreibt Kant die Aufgaben der juristischen Fakultät in

---

[1] „Wir fragen nach dem Grunde alles Rechts und finden ihn in der Reaktion gegen Verletzungen"; Eugen Dühring, Kritische Grundlegung der Volkswirtschaftslehre, 6. Abschnitt, Rechtsbegriffe und Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft.

[2] „Hier hört das Rostocker Stadtrecht auf und fanget der gesunde Menschenverstand an"; ähnlich, freilich nicht derart zugespitzt, soll wirklich in einem älteren Rechtsbuch stehen. Es hätte jedenfalls, wenn es dastünde, selbst in dieser zugespitzten Form einen ganz guten Sinn; es bedeutete dann sogar — siehe sofort oben im Text — eine ganz gute, schlagwortähnliche Prägung der Rechtsquellenfrage.

[3] Vgl. Erich Jung, Rechtsregel und Rechtsgewissen. Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung. AcP. Bd. 118, 1919.

äußerst enger, den schärfsten Positivismus fast überbietender Weise. „Der schriftgelehrte Jurist sucht die Gesetze der Sicherung des Mein und Dein, wenn er, wie er soll, als Beamter der Regierung verfährt, nicht in seiner Vernunft, sondern im öffentlich gegebenen und höchsten Orts sanktionierten Gesetzbuch. . . . . Denn die Verordnungen machen allererst, daß etwas recht ist"[4]. Kant will freilich nur „den Geschäftsleuten jeder oberen Fakultät, den Geistlichen, Rechtsbeamten und Ärzten", in dieser Weise verwehren, etwas anderes zu sein als Vorschriftsautomaten; indem er alle wirkliche Wissenschaft auch auf diesen Gebieten anscheinend für die Philosophie in Anspruch nimmt.

Der Zwang zu eigener schöpferischer Rechtsfindung tritt für den Richter, weil er eben, wie schon gesagt, allemal eine bestimmte Antwort geben muß, immer schon dann ein, wenn man über die Rechtsfrage verschiedene Meinungen vertreten kann, was bekanntlich im Rechtsstreit, freilich also schon in der ausgesuchten Pathologie des Rechtsverkehrs (siehe noch unten S. 20), sehr häufig eintritt. Doch lassen sich immerhin zwei große Gruppen solcher Lage unterschieden. Der Richter muß selbständig eine Entscheidung suchen, wenn die Reibung, der Zusammenstoß der Belange, den er lösen soll, bisher überhaupt noch nicht in dieser Weise gegeben war und deshalb im Gesetze nicht vorgesehen sein konnte. Es sind insbesondere neue technische Möglichkeiten, die solche Lagen schaffen; wie z. B. Vervielfältigung eines fremden Geisteswerkes durch Rundfunk; die Radiostörung; die Übermittlung von Willenserklärungen durch Drahtnachricht oder Fernsprecher und dadurch gegebene neue oder wenigstens sehr verschärfte Entstellungsmöglichkeiten. Bedeutsamer aber ist und noch größere Schwierigkeiten bietet die andere Gruppe von Fällen; wenn das dem Rechtsleben

---

[4]) Solche und verwandte Auffassungen, wie u. a. auch der Absolutismus des Thomas Hobbes und die dialektisch-logizistische Lehre der österreichischen rechtsphilosophischen Schule um Kelsen-Kohn glauben vielfach von sich selbst oder behaupten wenigstens, eine starke Bejahung von Staatsleben und Rechtsordnung zu enthalten. Sie sind aber tatsächlich und in ihren Wirkungen durchaus verneinend und zerstörerisch. Man raubt der Rechtsordnung das Beste von ihrer Hoheit, von ihrem Majestätsrecht, wenn man sie ausschließlich auf die wechselnden Befehle wechselnder Obrigkeiten stellt; man entzieht ihr damit die tiefere menschliche Begründung aus dem Gemeinschaftsleben heraus und aus den sittlichen Begriffen, die im Zusammenleben mit Artgenossen sich entwickeln und es tragen. Die spätere Sophistik der Hellenen hatte ebenfalls in der allgemeinen Skepsis der Zeit die sittlichen Grundlagen des Gemeinschaftslebens hinwegdisputiert und kam deshalb zu entsprechenden Auffassungen von der Rechtsordnung. Der Diadoche Seleukos wollte seine Gattin Stratonike an seinen Sohn aus früherer Ehe abtreten, als Gattin des Sohns. Dieser orientalische Brauch widersprach aufs äußerste den sittlichen Begriffen seiner Mazedonier. Seleukos sucht die Sache diesen mundgerecht zu machen durch die rein positivistische Begründung: „es sei aller Welt gemeinsames Gesetz, daß immer gerecht sei, was der König bestimmt... weißt du nicht, daß Dike und Themis darum Beisitzer des Zeus sind, damit alles, was der Machthaber tut, gerecht und sanktioniert sei."

zugrunde liegende sittliche Verantwortungsgefühl der Rechtsgenossen einander gegenüber (siehe den letzten Abschnitt dieser Ausführungen) sich geändert hat; wenn es sich verstärkt hat, was naturgemäß eine soziale Aufwärtsentwicklung bedeutet, wie z. B. bei der zum erheblichen Teil erst durch die Rechtsprechung geschaffenen sogenannten Gefährdungshaftung eines Schädigers, besonders des Unternehmers, die sich in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts ausgebildet hat, entsprechend der durch die Benutzung elementarer Kräfte wie Dampf, Elektrizität stark verschärften Schadensgefahr. Es kann aber auch die Entwicklung eine entgegengesetzte, sinkende sein; nämlich daß umgekehrt das soziale Verantwortungsgefühl, das „Sich-eins-wissen" mit den Volksgenossen sich abschwächt; das war, gegenüber dem gleichen sozialen Problem, der Fall in den sogenannten Flegeljahren des Industrialismus oder der Zeit des manchesterlichen Liberalismus, der die alten sozialen Bindungen und Zusammenhänge, aber auch die entsprechenden Verantwortlichkeiten des Dienstherrn für seine Leute, die das ältere deutsche Recht geboten hatte[5]), endgültig beseitigt hat. Diese dritte Frage der Rechtsphilosophie — die Rechtsquellenfrage oder die Frage nach einer anderen Art von geltendem Recht neben und vielleicht sogar über der überlieferten und verfassungsmäßig zustande gekommenen Rechtsregel — ist, wie schon gesagt, nicht so grundsätzlich wie die beiden, an erster Stelle genannten Fragenkreise. Aber sie ist sicherlich im praktischen Rechtsleben die dringlichste von allen; sie tritt, versteckt oder offener, bei jedem einzelnen Rechtsbescheid auf; nicht nur wenn der Richter ein Urteil spricht, also unter der Verantwortung, daß diese seine Meinung später Rechtskraft erlangt, d. h. mit Gewalt durchgesetzt wird, sondern sie tritt auch an jeden Rechtsbeteiligten heran, der vor dem Entschluß steht, ob er diesen von dem Gegenüber geweigerten Anspruch erheben, ob er diesen ihm gegenüber erhobenen Anspruch weigern soll. Allemal tritt dabei, sowohl für den Richter wie vor allem für die Rechtsbeteiligten, die Erwägung beherrschend hervor, ist denn der aus dem

---

[5]) Der bekannte Geldtheoretiker und Agrarhistoriker G. F. Knapp war ein genauer Kenner der Abhängigkeitsverhältnisse des Mittelalters und von seinem politischen Standpunkt aus diesem eher abgeneigt; er schreibt: „Was auch Böses dem Mittelalter nachgesagt werden mag, einen Vorwurf darf man ihm nicht machen; das Mittelalter kennt weder im städtischen Gewerbe noch in der Landwirtschaft die wirtschaftliche Ausbeutung des Nebenmenschen." Wieviel wichtiger ist aber für die meisten Menschen die wirtschaftliche Freiheit als die sogenannte politische, worunter man bekanntlich die längste Zeit verstanden hat das Recht, eine Stimme abzugeben für einen Parlamentarier, d. h. für einen Ausüber politischer Macht, der ausdrücklich und sorgfältigst von jeder Verantwortung dafür, wie er diese Macht ausübt, befreit ist. Den Widersinn dieser Einrichtung hat Thomas Carlyle klar erkannt, und schon ein Jahrhundert vor ihm hat Ben Johnson, sehr merkwürdigerweise, in seinem Vikar von Wakefield ausgesprochen, daß Parlamentarismus Geldherrschaft, die schlechteste Form von Aristokratie, bedeutet.

überlieferten Recht, also aus allgemeinen Sätzen gefundene Bescheid diesen dabei Beteiligten gegenüber, gegen die sich die schließliche Rechtskraft wenden würde, „zumutbar"; enthält er nicht eine Unbill, eine Sachkränkung, die den Frieden stört und deshalb der richterlichen Abhilfe bedarf. Inwieweit diese zweite Erwägung auch einmal gegen den aus der überlieferten Regel gefundenen oder vermeintlich gefundenen Bescheid durchschlagen darf — also nicht nur praeter, sondern sogar contra legem —, bildet den einen wesentlichen Teil der Rechtsquellenfrage. Der Beteiligte, der nicht Rechtler von Fach ist, wird jene zweite Erwägung, also die der „Zumutbarkeit" oder der zu vermeidenden Unbill, im gegebenen Einzelfall sogar immer an die Spitze stellen. Der Rechtswahrer von Fach dagegen kennt die große staatlich-gesellschaftliche Bedeutung, die die Stätigkeit, Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit der Rechtsprechung im Rechtsleben hat; er kennt daher auch den sozialen Wert einer anerkannten Regel, selbst wenn er sie „als Gesetzgeber" heute anders gestalten würde; der Rechtswahrer von Fach weiß um „die Gerechtigkeit in der Positivität". Er wird deshalb die Verantwortung, die die Befolgung einer anerkannten Regel erwartende Partei durch die Nichtbefolgung der Regel in ihrem Rechtsempfinden zu kränken, immer schwer empfinden und nur dann übernehmen, wenn die „Nichtzumutbarkeit", die Unbill, die die Befolgung der Regel in diesem Fall der Gegenpartei zufügen würde, ihm als die unerträglichere erscheint. Diesen Verantwortungsmut hat bekanntlich unsere Rechtsprechung in der Inflationszeit aufgebracht; sie wich an einem bestimmten Punkte, wo die Kränkung des Gläubigers, wenn er dieses „gesetzliche" Zahlungsmittel trotz der so ungeheuerlich gesunkenen Kaufkraft als Tilgung seiner Forderung hätte annehmen müssen, unerträglich, „nicht zumutbar" erschien, von dem Satze „Mark gleich Mark" ab, obwohl man diesen Satz als positiv noch geltend ansah. Die Art, wie damals das Imperium des Richters, im Stich gelassen von der Gesetzgebung, sich auf sich selbst besann, nach langer Zurückdrängung durch die Lehre von „der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung" oder der Vorstellung vom Paragraphenautomaten, ist äußerst aufschlußreich gewesen für die Rechtsquellenfrage, was die folgenden Ausführungen noch näher erläutern.

Nur der Vollständigkeit halber, weil oben davon die Rede war, sei die vierte Hauptfrage der Rechtsphilosophie in diesem Zusammenhange noch erwähnt, die Frage von Privateigentum oder Sozialisierung; oder auch die überpositive Begründung des Privateigentums. Diese Frage ist sicherlich von den oben berührten die am wenigsten grundsätzliche. Die Linie, welche Güter und Betätigungen der privaten Herrschaft und privaten Initiative der einzelnen verbleiben sollen oder doch überlassen bleiben können ohne

Schaden für die Gesamtheit, welche Güter andererseits gesamtwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich behandelt werden müssen oder sozialisiert werden können, ohne daß diese Güter oder Betriebe zurückgehen, kann tatsächlich unter verschiedenen geschichtlichen Bedingungen sehr verschieden gezogen werden. Ein zu starkem Gemeinschaftsgefühl erzogenes Gemeinwesen kann mehr Güter und Betriebsarten sozialisieren als ein stärker zersplittertes, minder homogenes. Freilich, gewisse äußerste Grenzen sind dabei gezogen; auch ein äußerst manchesterliches, also in erster Linie auf Privatwirtschaft und Eigenbetrieb gestelltes Gemeinwesen wird öffentliche Straßen und Plätze, weil sie allen Beteiligten und vielen zugleich dienen müssen, irgendwie sozialisieren; entweder gesamtwirtschaftlich, sozialistisch, wie wir es heute machen, oder kommunistisch; also entweder öffentliches Eigentum des Staates, der Gemeinde usw., aber durch öffentlich-rechtlich geschützte Benutzungsbefugnisse aller soweit eingeschränkt, daß es im Grunde kein Privateigentum mehr ist — oder allen zustehendes, durch Popularklage geschütztes Gebrauchsrecht an der res nullius, wie die Römer es machten. Daß immerhin auch bei dieser letzten rechtsphilosophischen Hauptfrage die grundsätzlichere Frage der Rechtsquelle oder Rechtsgeltung sich erhebt, die ja ihrerseits wieder mit der obersten Frage des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit zusammenhängt, sei hier gerade noch erläutert. Im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts schrieb ein preußischer Oberverwaltungsgerichtsrat in den preußischen Jahrbüchern folgendes: „Die Leistungen des Reichsversicherungsamtes in der sozialpolitischen Rechtsprechung bedeuten einen beträchtlichen Schritt weiter zur Demokratisierung des Volkseinkommens und beeinflussen stark das politische und soziale Verhältnis der verschiedenen Volksklassen zueinander." Das bedeutet, richtig betrachtet — ich lasse dahingestellt, ob die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts wirklich damit richtig gekennzeichnet war und ob sich der Berichterstatter, der mit dieser Entwicklungsrichtung offenbar durchaus einverstanden war, dieser Tragweite seiner Äußerung ganz bewußt war —, eine grundsätzliche Verneinung der Privatwirtschaft und den Willen zur künstlichen Ausgleichung der bestehenden Einkommensverschiedenheiten. Dazu war nun sicherlich, also zur Sozialisierung der Einkommen auf gleiche Verteilung, der Richter auch bei noch so weitgreifender Auffassung des richterlichen Imperiums nicht befugt, sondern höchstens der Gesetzgeber. Tatsächlich ist freilich der Richter immer stärker als der Gesetzgeber, trotz der gegenteiligen lehrhaften Auffassung der Gewaltenteilungslehre; weil die Rechtskraft sich immer tatsächlich durchsetzt, die Gesetzeskraft aber zunächst nur auf dem Papier steht und immer erst in einzelnen Ausführungsakten der Verwaltung oder der Gerichte zur Wirkung kommen kann.

II.

„Historismus".

Der Streit um die Rechtsquellenfrage, sowohl im Sinne der Rechtserkenntnisquellen als im Sinne des obersten Geltungsgrundes, so wie er in dem Gegensatz der geschichtlichen zur naturrechtlichen Schule der Rechtswissenschaft zu Beginn des vorigen Jahrhunderts ins Leben trat, hat bekanntlich einen großen weltgeschichtlichen Hintergrund. Dieser Prinzipienstreit wurde am grundsätzlichsten in der deutschen Rechtswissenschaft erörtert; nach der kurz vor dem Kriege in einer Rede vor der schottischen Universität St. Andrews ausgesprochenen Meinung des britischen Ministers Haldane wurden in den letzten Jahrhunderten der europäischen Geistesgeschichte die großen Schlachten ja überhaupt in Deutschland ausgekämpft. Die Restauration und die geschichtliche Schule der Rechtswissenschaft bedeuteten die Antwort oder auch die Gegenwirkung, Reaktion auf die großen Umwälzungen der Revolutionszeit und auf die schlechten Erfahrungen, die man in diesen Jahrzehnten mit der hemmungslosen rationalistischen Gesetzemacherei gemacht hatte. „Es war der feste Glaube dieser Nationaldeputierten, wie aller denkenden Franzosen, daß die Konstitution gemacht werden könne, daß sie dort und damals berufen wären, sie zu machen" . . . Zwölfhundert menschliche Individuen, die sich versammeln im Namen von 25 Millonen, das Evangelium von J. J. Rousseau in der Tasche, mit der vollen Glaubenszuversicht, daß sie „die Konstitution machen" können: ein solches Schauspiel war die Spitze und das Hauptprodukt des 18. Jahrhunderts" (Thomas Carlyle, Französische Revolution). Frankreich hat in der Zeit nach 1789 über zehn verschiedene geschriebene Verfassungen gehabt; von diesen war im Grunde keine „lebendes Recht" geworden.

Als nun nach der erfolgreichen Beendigung der Befreiungskriege der Plan auftauchte, von Heidelberg aus, ein bürgerliches Gesetzbuch für ganz Deutschland zu schaffen, trat dem bekanntlich Friedrich Carl von Savigny entgegen, in seiner berühmten Schrift „vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft". Der Plan kam dann bekanntlich nicht zur Ausführung; er hätte aber damals schon allein an der staatlichen Zersplittertheit Deutschlands scheitern müssen. Die Meinung Savignys hat damals nur scheinbar und nicht auf die Dauer gesiegt. Die Entwicklung des 19. Jahrhunderts hat Savignys Auffassung von dem Vorrang des sogenannten Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht widerlegt. Keine andere Zeit im ganzen Verlaufe der deutschen Rechtsgeschichte hat eine so umfangreiche gesetzgeberische Tätigkeit gesehen als die seit dem Auftreten Savignys verflossenen hundert Jahre. Aber dieser würde diese

Tatsache vielleicht nicht als eine Widerlegung ansehen, weil er sie für eine abwegige Entwicklung halten würde. Grundsätzlicher und wichtiger ist, was Saleilles auf dem internationalen Geschichtsforscherkongreß in Rom, 1903, an Einwänden gegen den Plan und die Grundauffassung der Savignyschen Schule der Rechtswissenschaft vorbrachte. Savigny hat bekanntlich das reine römische Recht wieder herstellen wollen; gegen den sogenannten usus modernus pandectarum, d. h. die Umwandlung und Anpassung des römischen Rechts durch drei Jahrhunderte deutschen Rechtslebens. Also Savigny bejahte zwar das alte römische Recht und dessen geschichtliche Daseinsberechtigung, so gewesen zu sein, wie es eben geworden war; aber er verneinte zugleich drei Jahrhunderte der deutschen Rechtsentwicklung und deren geschichtliches Daseinsrecht; wie er seiner eigenen Zeit die Befähigung zu schöpferischer Rechtsgestaltung abgesprochen hatte; als ob nicht auch die Gegenwart und das eigene Volk in der geschichtlichen Entwicklung stünden und ein Glied in dieser Kette bedeuteten[6]. Nach dieser Richtung konnte Saleilles mit einigem Recht von Savigny sagen, il prenait le contrepied de la methode historique. So wie dann besonders später Savignys Nachfolger, die eigentliche Schule, ihren Standpunkt formulierten, bedeutete dieser eine schwerere Verkennung des Wesens von Rechtsquelle und Rechtsgeltung als die Einseitigkeiten und Übertreibungen der Naturrechtslehre dargestellt hatten, die übrigens sogar im wesentlichen nur dem verflachten Popularnaturrecht Rousseauscher Prägung und seinen revolutionären Verehrern zuzuschreiben waren. Ein allgemeingültiges, für alle Völker und Zeiten gleich lautendes, natürliches, angemessenes Recht usw. hat das ältere Naturrecht nie vertreten; deshalb war auch die siegreiche Widerlegung dieser falschen Vorstellung durch die geschichtliche Schule überflüssig. Hugo Grotius läßt das einmal sehr deutlich erkennen; nämlich daß er durchaus schon von dem Begriff des „Naturrechts mit wechselndem Inhalt" (Stammler) ausgeht, wie man zu unserer Zeit formuliert hat. Grotius macht sich lustig über die Behauptung der Römer, daß ein Nebeneinanderbestehen von gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge in einem und demselben Nachlaß naturrechtlich und begrifflich unmöglich sei; da sie doch diese angebliche Unmöglichkeit beim Soldatentestament glatt zuließen. Das Naturrecht bejahte doch wenigstens lebhaft das eigene Urteil über Recht und Unrecht. Goethe übersetzt „rationalistisch" mit

[6]) In merkwürdiger, aber immerhin allgemein aus der einheitlichen geistigen Prägung des Zeitalters geistesgeschichtlich erklärlicher Entsprechung zur Entwicklung der europäischen Baukunst im 19. Jahrhundert; diese hatte wirklich schließlich ungefähr gelernt, in Stilen vergangener Jahrhunderte, romanisch, gotisch usw., zu bauen und hatte über diesem fleißigen Studium der Vergangenheit völlig die eigene schöpferische Kraft oder die Fähigkeit verloren, der gegenwärtigen Bauaufgabe und ihrer Zweckbestimmtheit den ihr gemäßen künstlerischen Ausdruck zu schaffen.

„selbstklug"; gewiß überschätzte der Rationalismus in diesem Sinne und die Naturrechtslehre das eigene Urteil und die Vernunft der eigenen Zeit; sie unterschätzten die geschichtliche Gebundenheit des einzelnen in der Reihe der Geschlechter, die soziale Erfahrung und die vielfach tieferliegende, dem augenblicklichen Stande der Erkenntnis nicht sichtbare Weisheit von Generationen, die in einer alten Überlieferung und in „allmählich aus der Macht der Umstände und der Weisheit des Lebens erwachsenen Einrichtungen und Lebensformen" verborgen zu sein pflegt. Der äußerste, nurgeschichtliche Standpunkt dagegen verneinte schließlich *über dem Gewordensein das Werden*, die Rechtsidee überhaupt[7]). Dem Gegner *Savignys* in dem Streit um das geplante Gesetzgebungswerk für Deutschland, *Thibaut*, verwies einmal, wie dieser erzählt, ein junger Anhänger der geschichtlichen Schule der Rechtswissenschaft eine abfällige Bemerkung über das römische Hypothekenrecht; wie könne man tatsächlich doch einmal geltend gewesene und demnach geschichtlich entstandene Rechtssätze in so unwissenschaftlicher Weise vom eigenen Standpunkt aus werten wollen. Die oben angeführte Kritik *Saleilles* am programmatischen Standpunkt der Savignyschule lehnte ein angesehener deutscher Pandektist durchaus ab; die Rechtswissenschaft müsse ihre *antiquarisch-philologische* Grundrichtung beibehalten. Antiquarisch-philologisch die Wissenschaft von der Abwehr friedenstörender Kränkungen im heutigen Gemeinschaftsleben der Nation!! Wirklich, die noch von *Savigny* selbst erkannte und beklagte Entfremdung der Rechtswissenschaft vom Rechtsleben, von der Praxis, die infolge davon eintrat, war sehr begreiflich, bei diesem Standpunkt der Theorie sogar notwendig und förderlich.

Wer dem Rechtswahrer das *Werten*, das letztlich (siehe den letzten Abschnitt dieser Ausführungen) ein ethisches Werten ist, versagen will, verneint das Recht überhaupt. Der Fehler ist, wie schon gesagt, sehr viel schwerwiegender als eine gewisse Überschätzung des eigenen Wertens, die man dem späteren Naturrecht allerdings vorwerfen konnte. Dieser „Historismus" (Ausdruck von *Eugen Dühring*) führt schließlich zu völliger Gleichgültigkeit oder Skepsis gegenüber der Unterscheidung von Recht und

---

[7]) *Savigny* entstammte dem alten französischen Adel und war also vermutlich von guter germanischer Abstammung. Aber er hatte starke Bindungen, durch seine Ehe und auch durch geistige Beziehungen, zu den Brentanos. In einer Auseinandersetzung mit Houston St. Chamberlain bestritt Lujo Brentano jüdische Abstammung seiner Familie und behauptete levantinische. Jedenfalls war die Familie Deutschland blutsfremd und hat im Grunde immer, vielfach vielleicht nur triebhaft, allem entgegengewirkt, was wahrhaft deutsch und aufbauend war; von dem Buche der Bettina ab, das bei aller vorgeschützten grenzenlosen Bewunderung für Goethe doch völlig ehrfurchtslos ist und im Grunde nur der eigenen Eitelkeit dient; über den Wiener Philosophen Franz Brentano zu dem Nationalökonom Lujo Brentano und dem südhessischen Minister Brentano.

Unrecht überhaupt. „Alles verstehen heißt alles verzeihen“ ist kein möglicher Standpunkt für einen Rechtswahrer. Eine italienische Novelle der Renaissancezeit gibt eine sehr anschauliche Erläuterung für diesen ethischen Nihilismus, der sich aus dem bloßen Sammeln und Beschreiben ergeben hat und ergeben mußte; aus der Auffassung, die nur die wechselnden Einzelerscheinungen vermerken will und die das Beharrende im eigenen Werturteil verkennt. „Schönste Jungfrau“, sagt ein verbrecherischer König zu seiner Tochter, die er zu blutschänderischem Liebesverkehr überreden will, „alle Gesetze und Sitten, unter denen in den verschiedensten Ländern die Menschen in verschiedener Weise leben, sind nichts anderes als ebensoviele Satzungen der Menschen; denn es geschieht, daß an dem einen Ort höchstlich geschätzt wird, was am andern als verwerflich gilt . . . Keine Sitte, Einrichtung, Gesetz, ja keine Überzeugung ist so fest und unumstößlich, daß man sie nicht mit irgendwelchen Gründen widerlegen und umstoßen kann. Alles also, was wir uns denken, ist nur Traum und Schatten und ein Tor ist in Wahrheit derjenige, der auf diesem weiten und räumigen Felde der menschlichen Dinge sich durch die Meinungen anderer in einen so engen und beschränkten Kreis einschließen läßt, daß er außerhalb desselben nicht den Fuß zu rühren wagt.“

„Die Wissenschaft wird geradezu geleugnet“, schreibt Dühring, „durch jene einseitig geschichtliche Auffassung, welche über den Schematen, die für die einzelnen Konfigurationen der verschiedenen Zeitalter gelten, die übergreifenden Normen vergißt . . . die Impotenz dieser Manier, die nur darstellt und beschreibt, aber nie mit einem Urteil lästig fallen will“[8]).

III.

Lücken im Recht

Die geschichtliche Schule hat sich bekanntlich um die grundsätzlichere Herleitung ihrer der Naturrechtslehre gegenübergestellten Rechtsquellenlehre sehr wenig bemüht. Sie hat dem Gesetzesrecht gegenüber das sogenannte Gewohnheitsrecht betont und die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist; des Gewohnheitsrechts, das „erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz, erzeugt wird, überall also durch innere, still wirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“

[8]) Die geschichtliche Schule kam so tatsächlich, wenn auch gegen ihren Willen, durchaus überein mit der späteren materialistischen Rechtsauffassung; nämlich, daß die Rechts- und Gesellschaftseinrichtungen nur das zwangsläufige Ergebnis der jeweiligen Wirtschaftsform seien, der gegenüber eine Berufung auf Recht oder Unrecht, ein ethisches Billigen oder Mißbilligen ebenso haltlos sei wie etwa gegenüber einer reinen Naturerscheinung. — Von der „Mikrologie“ der historischen Schule der Rechtswissenschaft spricht Treitschke einmal; solche mußte notwendig aus der ausschließlichen Richtung auf das bloße Darstellen, Sammeln und Beschreiben sich ergeben.

(Savigny, Vom Beruf unserer Zeit). Dieser Begriff des Gewohnheitsrechts aber, so grundlegend er für das Rechtsquellenproblem gewesen wäre, ist abgesehen von dem bloß verneinenden Begriffsbestandteil — nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers — bisher nicht zur Klärung gekommen; so eifrig sich die Wissenschaft von den ersten Zeiten der geschichtlichen Schule bis in unsere Tage, von Puchta bis Zitelmann und Max Rümelin um ihn bemüht hat. Die geschichtliche Schule hat — was ebenfalls aufschlußreich ist für ihr geringes Bedürfnis nach grundsätzlicher Klärung —, obwohl sie das Naturrecht mit Stumpf und Stiel ausgerottet zu haben meinte, doch ruhig mit der „Natur der Sache" gearbeitet, ohne daß der darin liegende Keim der neuen Rechtsquellenlehre — Natur dieser Sache (vgl. unten) — erkannt worden wäre.

Eine folgerichtige und strenge Fassung der nur-geschichtlichen Rechtsquellenlehre hat erst der Balte Karl Bergbohm gegeben, in seinem 1892 erschienenen Buch „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie". Geltendes Recht, das der Richter zur Entscheidung eines vor ihm erhobenen Streits verwenden und zu einem mit Rechtskraft ausgestatteten Zwangsbefehl erwachsen lassen darf, ist nach dieser Meinung nur, was zu einem nachweisbaren geschichtlichen Zeitpunkt in dieser bestimmten Volksgemeinschaft als Rechtssatz verfassungsmäßig, durch Gesetz oder anerkannte Gewohnheit, ins Leben getreten ist; und wenn zu einer vorliegend gesuchten Entscheidung ein entsprechender Rechtssatz zu fehlen scheine, so beweise das nur einen Mangel der Kenntnis des Richters von seinem Recht, da die positive Rechtsordnung stets ein logisch geschlossenes und daher vollkommenes Ganzes bedeute. Das war eine geschichtliche Rechtsquellenlehre in folgerichtiger und begrifflich einwandfreier Form; damit war der Weg gebahnt zur Widerlegung der nur-geschichtlichen Rechtsquellenlehre, deren bisheriger Mangel an Folgerichtigkeit und deren halbe Zugeständnisse wie „Natur der Sache" ihre grundsätzliche Widerlegung erschwert hatten[9]).

Den maßgebenden neuen Gedanken hat Gustav Rümelin schon in den neunziger Jahren ausgesprochen in seinen „Werturteilen und Willensentscheidungen". Aber der kleine Aufsatz von Rümelin drang nicht durch. François Genys Méthodes d'interprétation et des sources en droit privé positif gehört zu den ersten grundsätzlichen Neuaufstellungen über die Rechtsquellenlehre. Der „gute Richter" von Chateau-Thierry war ein praktischer Freirechtler; eben mit der Wesenheit der Freirechtler, daß sie

[9]) Ich darf meine Schrift „Von der ‚logischen Geschlossenheit' des Rechts" von 1900 als eine der ersten grundsätzlichen Angriffe auf die nur-geschichtliche Rechtsquellenlehre bezeichnen. Die Freirechtler wie Radbruch und Kantorowicz haben mich auch bei ihrem kurz danach erscheinenden ersten Äußerungen überall angeführt; später haben sie mich allerdings abgelehnt.

wohl eine zutreffende Verneinung vertraten, aber noch nicht die notwendige begriffliche Ergänzung nach der aufbauenden Seite besaßen und deshalb die Verneinung übertrieben; ähnlich wie die geschichtliche Schule die Verneinung des Naturrechts übertrieben hatte. Das scheint ja das Schicksal der Dogmengeschichte zu sein, daß auch gesunde Reaktionen übers Ziel zu schlagen pflegen, und daß der Fortschritt der Erkenntnis nur in einer Zickzacklinie vor sich geht.

In der Schrift „Vom Beruf unserer Zeit" führt Savigny selbst und zwar zustimmend eine französische Meinung an, die jedenfalls die späteren rechtgläubigen Vertreter seiner Schule als eine Ketzerei gegen die geschichtliche Grundauffassung aufs schärfste abgelehnt hätten und die auch Bergbohm für ungeschichtlich und naturrechtlich hätte erklären müssen. Portalis (in conférence T. I S. 29; Boulay, im Moniteur, an X. N. 86, S. 343). „On sait que jamais, ou presque jamais, dans aucun procés on ne peut citer un texte bien clair et bien précis de loi, en sorte que ce ne'st jamais que par le bon sens et par l'éequité que l'on peut décider." Mehr hat im Grunde auch Geny nicht verlangt, aber er hat es eingehend belegt und begründet. — Bacon von Verulam gilt als der Begründer der neuzeitlichen Naturbeobachtung und induktiven Naturwissenschaft, obwohl er, wie Liebig einmal näher ausgeführt hat, selbst nach dieser Richtung kaum etwas geleistet, sondern gerade eben nur das Programm entworfen hat. Die Anregungen, die von Savigny und dem Programm der geschichtlichen Schule ausgingen, sind fruchtbarer als auf ihrem romanistischen Ausgangsgebiet (Huschke, Bovigusll) durch die Wirkungen geworden, die sie für die germanistische Rechtswissenschaft und die Germanistik überhaupt gehabt haben. Jakob Grimm hat immer bekannt, wieviel er von Savigny in Marburg empfangen habe. Auch diese Erscheinung, nämlich, daß die geschichtliche Staats- und Gesellschaftsauffassung, obwohl sie von Savigny und also vom römischen Recht ausging, zu eigentlicher Fruchtbarkeit erst am deutschen Recht und bei den Deutschkundlern kam, ist vielleicht blutmäßig bedingt.

Die Widerlegung des „Positivismus" war erleichtert; denn mit dieser Bergbohmschen Rechtsquellenlehre ließ sich in der Rechtspraxis schlechthin nicht leben. Diese Entwicklung wurde beschleunigt dadurch, daß ungefähr gleichzeitig das Bürgerliche Gesetzbuch ins Leben trat.

Bei dessen Einführung hatte das sogenannte Kodifikationsprinzip alles bisherige Gewohnheitsrecht beseitigt. Nun ließ sich das Vorhandensein von „Lücken im Recht" wirklich nicht mehr leugnen. Man konnte sich bisher mit dem guten Willen dazu darüber täuschen; besonders in dem Gebiete des gemeinen Rechts; weil ja das Corpus iuris doch eben nicht eine positive gesetzliche Rechtsquelle war, sondern, wie damals auf dem schon erwähnten Historikerkongreß in Rom m. E. mit Recht gesagt wurde: „une source lointaine plus idéale que positive"; und weil eben kein Richter diese umfängliche Quelle wirklich beherrschen konnte. So konnte man das selbstverständlich häufig gegenüber dem aufgetretenen Rechtsfall empfundene Fehlen eines Rechtssatzes noch als eine mangelnde Kenntnis des Richters von seinem Rechtsganzen auffassen, wie Bergbohm wollte. Jetzt aber, nach dem 1. Januar 1900, war das nicht mehr möglich. Und hier setzte dann auch die planmäßige Anzweiflung und Bekämpfung der

herrschenden Rechtsquellenlehre ein, die im wesentlichen damals noch die von der geschichtlichen Schule der Rechtswissenschaft aufgestellte war. Es entstand die sogenannte freirechtliche Schule. Ihr Entstehen an dieser Stelle der Entwicklung war sozusagen dogmengeschichtlich notwendig. Daß sie dann ihrerseits übers Ziel schoß, mehr niederriß als nur das Abbruchwürdige, scheint, wie schon gesagt, ebenfalls eine gesetzmäßige Erscheinung zu sein; denn die nur geschichtliche Schule hatte das ihrerseits gegenüber ihrer Vorgängerin, der naturrechtlichen Schule, ebenso gemacht. In beiden Fällen haben die Reformer dann einen auch nur halbwegs befriedigenden Neubau zum Ersatz des niedergerissenen nicht zustande gebracht. Beide Bestimmtheiten — die übertriebene Verneinung, die fehlende Bejahung — wurden in dem zweiten Falle verstärkt durch den Umstand, daß die Freirechtler ganz überwiegend jüdischer Abstammung waren. Ob der bedeutendste der Freirechtler zu dieser engeren Gruppe gerechnet werden kann, steht nicht fest; aber er hat als Justizminister offen erklärt, daß ein bestimmtes Gesetz parteiisch, nämlich nur gegen rechts, nicht gegen links, angewendet werden solle. Daß der oberste staatliche Hüter der Gerechtigkeit etwas derartiges sagen konnte, bedeutet sicher eine äußerste Verneinung von Recht und Gerechtigkeit.

An der berühmten Stelle seiner römischen Geschichte, Band 3[10]), schreibt Mommsen, auch in der alten Welt sei das Judentum ein wirksames Ferment des Kosmopolitismus und der nationalen Dekomposition gewesen. Aber an dieser Stelle, die wir betrachten, nämlich zur Beseitigung der unfruchtbaren, zur Skepsis an der Rechtsordnung überhaupt führenden Rechtsquellenlehre der geschichtlichen Schule war die Gärung und die dadurch bewirkte Zersetzung zunächst notwendig und nützlich. Man kann auch an den verneinenden Geist denken, der durch Verneinung doch, wenn auch gegen seinen Willen, das Gute schafft: wobei hier übrigens keineswegs behauptet werden soll, daß diese Negation, die von der freirechtlichen Schule vertreten wurde, das Böse gewollt habe. Von den letzten Ausläufern dieser Gruppe, von der Schrift „Die Rechtswissenschaft ohne Recht" — deren Verfasser, mit äußerlich etwas anglisiertem Namen, jüdischer Abstammung war —, die zugleich Verbindung suchte zur kommunistischen Verneinung, kann man das allerdings behaupten; aber es kommt jetzt nicht mehr darauf an.

Diese Schrift lag schon, obwohl es dem Verfasser noch kaum bewußt sein konnte, sondern nur blutmäßig bestimmt war, in jener Richtung grundsätzlicher Verneinung und Zerstörung, deren Herd in den alljüdischen Führern der bolschewikischen Weltrevolution jetzt auf dem Nürnberger Parteitag 1936 im Mittelpunkt der Erörterung

[10]) Die er übrigens, soweit ich sehe, nicht, wie behauptet wurde, in späteren Ausgaben unterdrückt hat.

stand. — Mit merkwürdigem Weitblick schrieb am 9. Februar 1811 Friedrich August Ludwig von der Marwitz an einen Freund: „Es ist einer der schlauersonnensten Pfiffe der Weltzerstörer, in unterjochten Ländern die Verfassungen und Regenten so oft wie möglich wechseln zu lassen, um jede Spur von Anhänglichkeit an dieselben zu zerstören und dem ermüdeten Volke vor allem die Notwendigkeit unbedingter Unterwerfung unter die nächste Gewalt lebendig vor Augen stehen zu lassen"; und 1823: „Heimatlos... hatten sie ein gemeinschaftliches Interesse, nämlich alles bis dahin Feste beweglich und zum Gegenstand der Spekulation und des Erwerbes zu machen... So entstand nach und nach eine Geldoligarchie, die sich über ganz Europa verbreitete und als zu keinem Staate gehörig sich selbst betrachtete und betrachtet wurde." — Höchst merkwürdig ist auch die Stelle aus einem Briefe des Freiherrn vom Stein an Arndt; sie klingt, als ob sie auf die Systemzeit von 1918 bis 1933 gemünzt wäre und ist doch ein Jahrhundert früher geschrieben, am 5. Januar 1818. „So gehen wir blind in die Irre und hetzen uns auf die tollste Art gegeneinander; der eine will das Volk in einen großen Brei auflösen, alle Gliederungen und Absonderungen zerstören, der andere will die Bauern in Taglöhner, die Bürger in patentisierte Pfuscher und das Ganze in ein Aggregat von Gesindel, Juden, neuen Reichen und phantastischen Gelehrten verwandeln."

Friedrich Julius Stahl-Joelson gilt als der Rechtsphilosoph der geschichtlichen Schule. Er war bekanntlich jüdischer Abstammung. Seine staatsbejahende und nationale Einstellung war wohl ehrlich gemeint, wenn auch bei der damaligen Stellung der geschichtlichen Schule in der Wissenschaft und ihrer Begünstigung durch die politisch maßgebenden Kreise starke Opportunitätsgründe nach der gleichen Seite gezogen haben können. Aber Stahls Lehre enthielt ebensowenig wie die Rechtsquellenlehre der geschichtlichen Schule eine wirkliche Begründung der neuen Auffassung vom Staat und seinem Recht; eine Begründung, die erforderlich war gegenüber der individualistischen, zersetzenden Lehre von der alleinigen Rechtfertigung staatlicher Gewaltausübung durch den Staatsvertrag (contrat social) oder der vorherigen Zustimmung aller einzelnen; einer Lehre, die notwendig, wenn das auch ihren Urhebern nicht bewußt war, zur anarchistischen reinen Konventionalgemeinschaft und damit zur Verneinung der Staatsgewalt überhaupt führen mußte. Denn die Stahlsche Lehre von der Autorität stellte ja, noch ganz abgesehen von ihrer engen kirchlichen Bindung, die überhaupt nicht wissenschaftlich betrachtet werden kann, und die, obwohl Stahl zur evangelischen Kirche übergetreten war, starrste Gebundenheit an Buchstaben und Gesetz bedeutete, höchstens eine Forderung dar — ein Postulat der „praktischen Vernunft" — und keine Erklärung; ja sie ist im Grunde tautologisch und erinnert an Onkel Bräsigs begriffliche Erläuterung der Armut aus der Poverte. Auch der Stahlschen Lehre, so entgegengesetzt sie inhaltlich der freirechtlichen war, fehlte der neue synthetische, zum Aufbau geeignete Bestandteil.

Otto Weininger und Siegfried Trebitsch[11]), die jüdischer Abstammung waren, aber in deutscher Kultur aufgewachsen, sind an diesem

[11]) Nicht zu verwechseln mit Arthur Trebitsch-Lincoln, diesem merkwürdigen jüdischen Abenteurer von einer unglaublichen, fast genialen Anpassungsfähigkeit, Vielgestaltigkeit und Fähigkeit, in jeder Lage eine Auskunft zu finden.

Zwiespalt zerbrochen; Weininger durch Freitod, Trebitsch, wie jedenfalls er selber glaubte und im Sterben äußerte, durch Gift von seinen jüdischen Volksgenossen; beide haben sich sehr kritisch über die jüdische Art und Denkweise geäußert. Ihre Fälle sind deshalb besonders beweisend dafür, daß gewisse blutmäßige Bedingtheiten eben auch durch den besten Willen nicht zu überwinden sind. Darin, in diesem inneren Zwiespalt, kann für den Betroffenen eine tiefe Tragik liegen; in den beiden letzterwähnten Fällen lag solche unzweifelhaft vor.

IV.

Spruchrecht

Ernst Zitelmann hat sich sowohl um die Frage der Lücken im Recht als um die des Gewohnheitsrechts eifrig und systematisch bemüht; beide Fragen zusammen bilden allerdings in einem gewissen Sinne das Kernproblem der Rechtsquellenfrage; wie auch an dieser Stelle der Grundstein gelegt werden muß und nach dem heutigen Stand unserer Kenntnis auch gelegt werden kann, auf dem die neue Rechtsquellenlehre aufzubauen ist. Zitelmann kam bei seinen Ausführungen nicht über den Standpunkt der geschichtlichen Schule hinaus; wenn er für die Entstehung des Gewohnheitsrechts wieder zu der Formel kommt, so „werde das Tatsächliche zum Rechtlichen". Nein, hier führt überhaupt keine Brücke von einem zum andern; das war der Grundfehler der nur-geschichtlichen Schule, zu verkennen, daß jede rechtliche Aussage einen Bestandteil des Wertens enthält, daß dieser sogar ihr Wesen ausmacht und daß das bloße geschichtliche So-oder-so-geworden-sein niemals die wahre, die dogmatische Erklärung eines Rechtsinhalts gibt, sondern eben nur die genetische, tatsächliche. Die Tatsache, daß ein Rechtsinhalt von einer öffentlichen Gewalt verkündet und durchgesetzt wird, oder daß sich eine feste Form des Zusammenlebens (ubi homines sunt, modi sunt; Goethe, Wilhelm Meister) in einer bestimmten Rechtsgemeinschaft einmal eingebürgert hat und von ihr befolgt wird, gibt niemals die Begründung her, daß dieser soziale Inhalt rechtens ist.

Die Neuentstehung vom sogenannten Gewohnheitsrecht bildet die eigentliche Schwierigkeit. Den Ausdruck Gewohnheitsrecht als solchen haben auch die Vertreter der geschichtlichen Schule schon bemängelt. Die Gewohnheit war, wie Rudolf Stammler einmal in diesem Zusammenhang zutreffend betont, eben doch nicht von Anfang da, sondern die Übung war einmal neu, ehe sie derart feststehend wurde, daß man von der sogenannten opinio necessitatis sprechen kann; daß der Verkehr und die Richter nun diese Übung weiter befolgen müssen und die Abweichung von ihr Unrecht

wird. Der neue Codex juris canonici von 1917 macht in Anlehnung an das ältere kanonische Recht den Versuch, durch die Forderung bestimmter Zeitdauer, dreißigjährige Übung usw., einen Anhalt zu bekommen, wann Bindung beginnt. Das trifft aber auch nicht den Kern der Sache und würde sehr willkürlich wirken; man braucht dazu nur an das viele neue Gewohnheitsrecht, das zum BGB. entstanden ist, zu denken, wie z. B. positive Vertragsverletzung usw., um zu erkennen, wie zufällig und willkürlich das Erfordernis eines solchen zahlenmäßig bestimmten Zeitraumes für das Bindendwerden wirken würde.

Ich glaube, wir können heute das Erwachsen von neuem „Spruchrecht" zum auch für künftige Fälle bindenden Rechtssatz, also die Entstehung von sogenanntem Gewohnheitsrecht, in befriedigender Weise erklären und begrifflich bestimmen. Wenn eine Rechtsfrage kontradiktorisch verhandelt werden kann, also Rechtskundige über die Rechtsfrage verschiedener Meinung sein können, so bedeutet das unzweifelhaft allemal schon ein gewisses Versagen der positiven Regel, oder wenn man so will, eine Lücke im Recht. Diese wichtige, übrigens vielleicht ebenfalls zunächst vorwiegend nur negative Erkenntnis hat der jüdische Jurist Robert Lazarsfeld zuerst scharf ausgesprochen. Bei jeder etwas schwierigeren, zu kontradiktorischer Verhandlung im Instanzenzug kommenden Rechtsfrage ist, worüber sich der verantwortungsbewußte Richter klar sein wird, die unterliegende Partei meist, fast stets, der Meinung, daß sie in ihrem Rechte gekränkt wird. Diese Verantwortung muß bekanntlich der Richter übernehmen, der ja, wie schon einmal hervorgehoben, immer bestimmt sich entscheiden muß, auch wo er nicht bestimmt weiß. Ein sehr unwissenschaftliches Verfahren sicher, daß der Richter niemals das sokratische Bekenntnis abgeben darf; aber die Rechtsfindung ist eben nicht ein bloßes Erkennen, sondern immer auch ein Handeln. Vor dieser Verantwortung, daß er nicht genau weiß, auf welcher Seite liegt bei dieser Reibung die friedenstörende und daher richterliche Abwehr fordernde Kränkung, das Unrecht, — bzw., von der anderen Seite gesehen, das durch den richterlichen Arm gegen die Verneinung des Gegners zu schützende Verlangen, das Recht —, wird der Richter, in dem Bewußtsein, daß jeder Unterliegende sich in seinem Recht gekränkt fühlen wird, zu erkennen suchen, welche Kränkung als die tragbarere erscheint. Dafür wird ihm aber der Umstand einen sehr wesentlichen Anhalt geben, welche Erwartung nach dem bisherigen Verhalten der Rechtsgenossen dieser Gemeinschaft in entsprechenden Fällen und vor allem nach schon bekannt gewordenen richterlichen Aussprüchen die begründetere, näherliegende war; die Enttäuschung der begründeten Erwartung ist sachliche Kränkung, Unrecht; auch wenn ohne den zeitlich früheren Vor-

fall, ohne den Vorgang, der die Erwartung begründete, — ohne Präjudizium, „Simile" — eine bestimmte Aussage über hier vorliegende Sachkränkung nicht zu gewinnen gewesen wäre. In diesen Fällen, wo also die überlieferte Gesetzesregel den vorliegenden Reibungsfall nicht eindeutig zu entscheiden in der Lage ist, wird schon eine *einzelne bekannt gewordene Entscheidung* zugunsten der einen Seite, während der gegnerischen Auffassung keine solche zur Seite steht, die Lage schaffen, daß dem verantwortungsbewußten Richter die Verursachung der Kränkung auf dieser Parteiseite als die tragbarere, als die vorzuziehende erscheint.

Die Frage, ob eine Hypothek eingetragen werden könne für die künftige Nachkommenschaft jemandes, ging zweimal, einmal in einem Urteil und einmal als Beschwerdesache in Grundbuchangelegenheiten, ans Reichsgericht. Während der zweite Fall spielte, erschien Band 61 der Entscheidungen des RG. in Zivilsachen, in dem S. 355 das RG. für die Zulassung solcher Eintragung sich aussprach. In dem zweiten Fall hatte, wie in dem ersten, das Amtsgericht und Oberlandesgericht solche Eintragung abgelehnt. Nun, nach dem Bekanntwerden der Entscheidung in Band 61, legte die beteiligte Partei Beschwerde ein gegen die Ablehnung der Eintragung gemäß § 79 II der Grundbuchordnung. Die Eintragung eines so unbestimmt bezeichneten Hypothekengläubigers widerspricht sicher dem Rechtssatz des § 1 des BGB., daß die Rechtsfähigkeit erst mit der Vollendung der Geburt beginnt, welcher Satz durch die besonders gemachte Ausnahme für die Erbfähigkeit der Leibesfrucht nur noch bestätigt wird. Der Versuch des RG., seine Auffassung, die rechtspolitisch als eine zweckmäßige Erweiterung des Rechtsschutzes sicher erfreulich ist, aus Vorschriften des BGB. herzuleiten — aus §§ 331, 2101, 2162, 1913 — ist sicher nicht gelungen, wie auch das Oberlandesgericht Hamburg in der zweiten Sache ausdrücklich erklärt[12]).

Aber sehr begreiflicherweise berief sich die Partei, deren Auffassung der neue Standpunkt des RG. von Band 61 entsprach, sofort auf diese, und in der immerhin schwierigen, jedenfalls im Gesetz nicht unmittelbar entschiedenen Frage war für jeden Richter, der künftig eine entsprechende

[12]) Unsere Richter sind bekanntlich nicht an in Entscheidungen anderer Gerichte und auch im Rechtsmittelzug übergeordneter Gerichte hervorgetretene neue Rechtsauffassungen gebunden. Die ganz eng begrenzte Bindung, die § 136 GVG. festsetzt, bestätigt noch einmal durch Umkehrschluß diese Freiheit unseres Richters gegenüber sogenannten Präjudizien. Das ist ein wichtiger Grundsatz unserer Rechtsquellenlehre. Darauf ist unten noch einmal zurückgekommen; eine wirklich folgerichtige, glücklicherweise gerichtsverfassungsmäßig bei uns nie versuchte Durchführung des Primates der gewohnheitsrechtlichen Entstehung von neuem Recht gemäß den oben angeführten Worten *Savignys* müßte ja zu dem, unserem heute geltenden entgegengesetzten angelsächsischen Grundsatz von der Bindendheit der Präjudizien kommen. Diese Gegensätzlichkeit ist am Schlusse dieser ganzen Ausführungen noch einmal kurz zu betrachten, weil sie wirklich äußerst aufschlußreich ist für die ganze Rechtsquellenfrage oder wenigstens für das Verhältnis von gemachten Rechtssätzen zu gewordenen Rechtssätzen.

Lage zu entscheiden hatte[13]), auch wenn er durch die logischen Gründe des Reichsgerichts, die dieses für seine Meinung vorbrachte, ebensowenig überzeugt war wie der hamburgische Richter, doch vom größten Gewicht, daß nun die eine Partei sich auf eine solche Vorentscheidung, wenn auch nur auf eine einzige, berufen konnte, die andere nicht. Wir haben dann solche Vorgänge in fast dramatischer Zuspitzung erlebt in der Inflationszeit; sofort nach dem Bekanntwerden einer neuen Entscheidung bei der allmählichen Abwendung der Gerichte von dem Satze „Mark gleich Mark" beriefen sich die Beteiligten in entsprechenden Fällen, hier die unglücklichen Gläubiger, auf die neue Rechtsauffassung, verlangten deren Anwendung durch den Richter und hätten eine Entscheidung gegen diese ihre, ihrer Meinung nach nun maßgeblich bestätigten Rechtsauffassung als Rechtskränkung empfunden. Diese Entwicklung, die Abwendung vom Satze „Mark gleich Mark" — von der ersten Erschütterung des Satzes ab, etwa in dem Urteil vom 21. September 1920 in Band 100 S. 130, zur grundsätzlichen Anzweifelung (neben vielen anderen Urteilen etwa die in Band 103, S. 177 und 385) zur offenen Preisgabe des Satzes am 28. November 1923 (Band 107, S. 78) und dazu vor allem noch zur Entscheidung des OLG. Darmstadt vom 29. März 1923 — war äußerst aufschlußreich für die Rechtsquellenlehre. Der Richter konnte, von dem Gesetzgeber im Stiche gelassen, die maßgebende Aussage über Recht oder Unrecht in dem ihm vorgelegten Falle nicht mehr in dem abgeleiteten Verfahren gewinnen durch Unterstellung des gegebenen Falles unter eine anerkannte positive Rechtsregel, sondern mußte auf die ursprüngliche Art der Rechtsgewinnung zurückgehen; an der Untragbarkeit, „Nichtzumutbarkeit" der einzelnen Interessenkränkung in dem ihm vorgelegten Fall die Notwendigkeit der Abwehr, eines Rechtsbehelfs dagegen, zu erkennen. „Wir konnten", schreibt Ernst Zitelmann in einem ähnlichen, wenn auch nicht ganz gleichen Zusammenhang, nämlich über die Einwirkung großer staatlicher Umwälzungen und damit notwendig verbundener Beseitigung großer Teile des bisher geltenden, überlieferten Rechts, „den rätselhaften Vorgang der ursprünglichen Rechtsentstehung in seinem ganzen Verlaufe beobachten"[14]).

[13]) Abgesehen hier davon, daß es sich im zweiten Falle um einen Beschluß in einer Grundbuchsache handelt, der gemäß der besonderen Vorschrift § 79 Grundbuchordnung nun allerdings für die unteren Gerichte bindend war.

[14]) „Mit Inbrunst", fährt Zitelmann fort, „wendet sich die durch so viele Stürme und den Anblick so vieler Vergänglichkeit erschütterte Seele der Rechtsphilosophie als der das Recht wertenden Wissenschaft zu." Zeiten großer Umwälzungen — wenn altüberliefertes Herkommen und geschichtliches Ansehen alter Rechtseinrichtungen nicht mehr ausreichen, ihre Geltung zu sichern — stellen auf eine höchst dringliche und unabweisliche Art die Fragen nach dem Geltungsgrunde der bestehenden Rechtsinhalte. Solche Zeiten beleben geradezu die rechtsphilosophischen Studien.

Mit „der Natur der Sache" arbeiteten auch die Vertreter der geschichtlichen Schule der Rechtswissenschaft, so wenig folgerichtig das von ihrem, allem „unpositiven" Naturrecht usw. abgeneigten Standpunkt auch war. Natur dieser Sache; d. h. am einzelnen Fall wird die Unrechtsnatur, das den gemeinen Frieden störende und daher Abwehr fordernde Wesen einer Handlung oder Unterlassung erkannt; die Unrechtnatur wird bei dieser ursprünglichen, induktiven Neueroberung von Recht nicht wie bei der deduktiven Rechtsgewinnung entnommen aus einem Allgemeinsatz, Rechtsbegriff, zu dem jenes Verhalten in Widerspruch steht, so daß die Abweichung von der Regel Unrecht ist; wodurch die schwierige Frage, ob dieses einzelne Verhalten friedenstörende und gemeinschaftliche Abwehr heischende Kränkung des Gegners bedeutet, dem Richter erspart wird, weil der Gesetzgeber oder der in konstanter Übung zum Ausdruck gekommene Wille seiner Rechtsgemeinschaft diese Frage schon entschieden haben, durch Schaffung der Regel.

Die positivistische Rechtslehre — als ob alle im Rechtsleben erforderlichen Entscheidungen über Recht oder Unrecht sich aus einem Allgemeinbegriffe oder Rechtssatz durch Unterstellung und Folgerung ergäben — bedeutete eine ähnliche Täuschung wie die des Scholastizismus, als ob alle neuen Erkenntnisse, die gebraucht werden, auf deduktivem Weg, durch Folgerung aus schon erworbenen Wahrheiten, zu gewinnen wären. Als ob nicht immer wieder Neuermittlung von Unrecht oder Abwehr fordernder Kränkung auf induktivem Wege, vom einzelnen Fall her, nötig würde[15]. Die positivistische Rechtsquellenlehre oder die Lehre von der logischen Geschlossenheit der geltenden Rechtsordnung und von der richtigen Auslegung dieser als alleinigem Verfahren der Rechtsgewinnung entsprach durchaus der Aufstellung des Hrabanus Maurus, daß die Auslegung der Bibel, die ja alle für die Menschen nötigen Erkenntnisse schon enthalte, die wichtigste oder doch die allein fruchtbare Wissenschaft darstelle; die Rechenkunst oder Mathematik habe nur den Zweck, die in der Zahlenmystik der Bibel enthaltenen Weisheiten, die alle auftretenden Fragen zu beantworten in der Lage seien, herauszuholen.

In einer Besprechung meines Buches von 1912, Problem des natürlichen Rechts, schrieb v. Laun in Band 30 des Archivs für öffentliches Recht, S. 405: „Das positive ‚regelhafte' (Gesetzes- und Gewohnheits-) Recht gilt nach Jung, weil die Rechtsgenossen sich darauf verlassen, daß es verwirklicht werde. Diese Theorie ist durchaus neu. Meiner Überzeugung nach liegt in diesem genialen Gedanken der Schwerpunkt und das Haupt-

---

[15]) Vgl. Erich Jung im Sonderheft der Süddeutschen Monatshefte „Krisis der Justiz" vom Januar 1929, Die Überwindung des Scholastizismus im Rechtsleben.

verdienst des Buchs." Radbruch schrieb in der ersten Auflage seiner Rechtsphilosophie von 1914[16]: „Es ist das Verdienst Jungs, die Gerechtigkeit in der Positivität entdeckt zu haben"[17].

Diese zustimmenden Äußerungen sind mir wichtig in folgender Richtung: Gegenüber der „ursprünglichen Rechtsentstehung" oder der „induktiven" Unrechtserkenntnis aus der einzelnen friedenstörenden und deshalb abwehrheischenden Kränkung ist die Rechtsgewinnung aus überlieferten Regeln freilich eine abgeleitete und insofern zweiten Ranges. Aber diese Erkenntnis mindert keineswegs die Autorität der überlieferten, in einer bestimmten geschichtlichen Rechtsgemeinschaft befolgten und bekannten Regel. Das Bekanntsein einer bestimmten Regel und die darauf innerhalb dieser Rechtsgemeinschaft gegründete Erwartung, daß die Regel von den anderen befolgt werde, schafft vielmehr diesem Rechtssatz einen weiteren Geltungsgrund; weiteren neben seiner Herleitung aus dem Grundbegriff des Rechtslebens oder aus der abwehrfordernden Kränkung, welche Begründung der Rechtssatz ja ursprünglich immer haben wird, mindestens in einem gesunden Rechtsleben; sonst wäre er nicht entstanden.

Jene „ursprüngliche" Art der Rechtsgewinnung tritt allemal dann, wenn die abgeleitete versagt, wieder hervor. Das war in aufschlußreicher Weise zu beachten allgemeiner an den „Lücken im Recht" und im besonderen an den Erscheinungen unseres Rechtslebens in der Inflationszeit, in der die positive Regel, nämlich das alte Münz- und Bankgesetz, den Richter, der „gerechtes" Urteil sprechen wollte, völlig im Stich ließ; als eine in diesem Ausmaß in unserer Rechtsgeschichte wohl beispiellose Erscheinung. Die Forschungen von Ernst Stampe haben gezeigt, daß erstens in früheren Inflationszeiten der Abstand zwischen Zahlkraft und Kaufkraft niemals ein so ungeheuerlicher war, wie er nach 1918 durch die ja ebenfalls in der Geschichte gesitteter Völker beispiellosen Erpressungen der Vielverbändler geworden ist; zweitens aber haben die deutschen Richter früherer Inflationszeiten immer schon sehr viel früher sich entschlossen, von dem freilich zunächst jeder staatlichen Währung notwendigen Satze abzugehen, daß die Zahlkraft durch die gesunkene Kaufkraft des Geldes nicht beeinträchtigt werde. Daß die deutschen Richter früherer Zeiten so viel rascher zu diesem notwendigen Entschlusse kamen, als die sittlich und geistig hochstehende deutsche Richterschaft unserer Zeit, ist merkwürdig.

---

[16]) In den späteren Auflagen von Radbruchs Rechtsphilosophie wird mein Name nicht mehr erwähnt.

[17]) Ich bitte um Entschuldigung für dieses mittelbare Eigenlob. Aber diese Bestätigung von anderer Seite ist mir in dem obigen Zusammenhang sehr wesentlich, wie gleich erhellt. Übrigens hat Carl Schmitt den Gedanken gleichzeitig und unabhängig von mir ausgesprochen in der ebenfalls 1912 erschienenen Schrift „Gesetz und Urteil".

Es ist wohl so zu erklären, daß die nominalistische Geldtheorie, nach der die Tilgungskraft der namentlichen Summe von dem sachlichen Wert und der Kaufkraft der Währungsmünze unabhängig sei, vor dem Kriege so ziemlich herrschend geworden war durch G. F. Knapps „staatliche Theorie des Geldes". Entstanden ist die Irrlehre übrigens im sich ausbildenden absolutistischen Königstaate Frankreichs. — Jene ursprüngliche Art der Rechtsgewinnung tritt uns aber vor allem entgegen im Völkerrecht, weil dieses — ohne lex, außer lex contractus, und ohne richterlichen Rechtsschutz — auf jener ursprünglichen, primitiveren Entwicklungsstufe des Rechtslebens noch steht und übrigens immer verbleiben wird, solange es Völkerrecht bleibt. In dem Augenblick, wo etwa einem Völkerbund gesetzgebende und richterliche Gewalt eingeräumt würde, würden die so entstehenden und geschützten Rechtssätze eben zu Staatsrecht werden, Staatsrecht dieses neu entstandenen Bundesstaats. Schopenhauer, dessen verhältnismäßig wenig zahlreiche Ausführungen zur Rechtsphilosophie viele fruchtbare Einsichten enthalten, schreibt dazu richtig: „Das Völkerrecht ist im Grunde nichts anderes als das Naturrecht, auf dem ihm allein gebliebenen Gebiet seiner praktischen Wirksamkeit, nämlich zwischen Volk und Volk, als wo es allein walten muß, weil sein stärkerer Sohn, das positive Recht, das eines Richters und Vollstreckers bedarf, nicht sich geltend machen kann" (Welt als Wille und Vorstellung, Band 2, Kap. 17). Die lex contractus, die es freilich auch im Völkerrecht gibt, wird aber niemals so starke Wirkung haben wie die eigentliche lex, weil der durch die Vertragsvereinbarung Gebundene diese nur durch freiwillige Selbstunterwerfung entstandene Gebundenheit immer für kündbar halten wird, auch wenn diese Kündigung der ursprünglichen Vereinbarung widerspricht. Das hat das souveräne Verhalten Englands gegenüber seinen vertraglichen Völkerrechtsbindungen gezeigt im Weltkrieg wie schon immer[18]); besonders gegenüber der bewaffneten Seeneutralität von 1780 und dem Festhalten Pauls I. von Rußland an dieser durch die nordische Konvention von 1800, die Paul I. mit seinem Leben bezahlen mußte.

Die soziale Fruchtbarkeit der Regel als solcher und ihrer Wirkung, daß man danach ein bestimmtes Verhalten der Rechtsgenossen in künftiger Lage voraussehen kann, hat Bernhard Shaw einmal sehr anschaulich erläutert durch den Hinweis darauf, daß man in England links ausweiche, in Deutschland rechts, daß also diese Regeln inhaltlich entgegengesetzt

[18]) Vgl. auch die in der Entsch. des RG. Bd. 117 S. 195 ff. berichtete britische Auffassung der ordre public (siehe S. 33 zu art. 30 EG. BGB.) gegenüber der deutschen chemischen Industrie.

lauteten, aber doch jede in ihrem geschichtlichen Kreise vollkommen ihren Zweck erfülle, weil man nach ihr das künftige Verhalten eines Gegenübers richtig berechnen könne. Eine tiefere Begründung noch für die soziale Fruchtbarkeit allgemein befolgter Verhaltungsmaßregeln im menschlichen Zusammenleben und daher für die „Gerechtigkeit in der Positivität" bietet die merkwürdige sprachgeschichtliche Tatsache, daß bei den beiden Völkern, die in den zwei Kulturepochen, die Europa bisher erlebt hat, geistig bestimmend waren — in der ersten antik-mittelmeerländischen und in der zweiten, nachantiken, nordeuropäischen[19] —, das Wort für Sittlichkeit abgeleitet ist von Sitte; also, von einem Wort, das nur das Übliche, regelmäßig Befolgte bezeichnen will, obwohl doch natürlich der Begriff Moral, Ethik weit darüber hinausgeht und die Befolgung des Üblichen, des Gewohnten keineswegs jenen Begriff ausschöpft, also die Abweichung vom Üblichen als solche doch keineswegs schon das unsittliche Verhalten ausmacht.

Die „Veröffentlichung" auch des verfassungsmäßig entstandenen Gesetzes ist allemal Voraussetzung seiner Gültigkeit. Erst das „Bekanntwerden" einer in einem Urteil neu aufgetretenen Rechtsauffassung ermöglicht, daß in einem neuen Fall ein Beteiligter sich darauf berufen und wenn seine Erwartung, daß auch in seinem Falle jener neue Grundsatz befolgt werde, enttäuscht wird, dies als sachliche Kränkung empfinden kann[20].

---

[19] Ortega-y-Gasset: „Griechenland und Germanentum sind die Pole einer Welt, deren Prinzip die geistige Auseinandersetzung ist."

[20] Dig. II, 2, 1; si quis apud eum, qui magistratum potestatemve habebit, aliquid novi juris obtinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem jure adversus eum decernetur. — Der Prätor hatte bekanntlich keine gesetzgebende Gewalt, aber durch seinen Einfluß auf die Rechtsprechung, vor allem durch die formula in factum — die gemäß dem bedingten Condemnationsbefehl, an den der Geschworene gebunden war, Rechtsfolgen knüpfte an Tatbestände, die im überlieferten Recht als rechtliche Tatbestände nicht vorgesehen waren — in großem Umfang neues Recht geschaffen. Der Digestentitel II, 2 spricht deutlich aus, daß ein neuer Rechtsgedanke, auch wenn er nur erst in einer einzelnen Entscheidung aufgetreten war, in einem künftigen entsprechenden Fall von dem daran Beteiligten geltend gemacht werden konnte. Das ist der oben etwas allgemeiner ausgeführte Grundgedanke: „Von der Gerechtigkeit in der Positivität"; daß nämlich die unvermittelte Abweichung von einem in dieser geschichtlichen Rechtsgemeinschaft nach geschichtlichem Vorgang zu erwartenden Verhalten, eines Rechtsgenossen oder eines Richters, die nicht zumutbare, unbillige, abzuwehrende usw. Sachkränkung bedeutet, ohne daß nun die viel schwierigere, gesetzgeberische — oder für den rechtsschöpferischen Richter oder Prätor quasi gesetzgeberische — Erwägung noch notwendig ist, ob das betreffende Verhalten auch wirklich ethisch, sozial, volkswirtschaftlich eine friedenstörende und daher abwehrfordernde Sachkränkung des Gegenübers bedeutet. Das Bekanntgewordensein des neuen Rechts in dieser geschichtlichen Rechtsgemeinschaft gehört freilich wohl auch hier dazu, das Verkünden des Edikts und Anschlagen in albo. — Die Schöpfung dieser äußerst anpassungsfähigen, steter Nachprüfung und Weiterbildung fähigen Rechtsquelle des prätorischen Edikts war vielleicht die höchste Leistung des römischen Volks im Rechtsleben; selbstverständlich nur bis zur Festlegung unter Hadrian, die dem Edikt sein eigentliches Leben nahm und

Damit ist zugleich eine mindestens grundsätzlich klare, wenn auch selbstverständlich nicht bei der Einzelanwendung sofort alle Schwierigkeiten lösende begriffliche Grenze der „Positivität" gegeben; die Grenze nämlich, jenseits der nach der berühmten Formel des prätorischen Edikts das adiuvare und supplere des regelhaften Rechts (nach der damaligen Fachsprache des Ius civile) durch das aus der prätorischen Handhabung der Gerichtshoheit und aus der Praxis erwachsene Spruchrecht zum Corrigere werden darf und muß; wenn nämlich die Enttäuschung der Erwartung der einen Seite, die in der Nichtbeachtung der positiven Regel läge, als die tragbarere, als die eher zumutbare Kränkung erscheint gegenüber der Sachkränkung des Gegenübers, die die Befolgung der Regel in diesem Falle bedeuten würde; dann muß eben die „ursprünglichere Art" der Rechtsgewinnung aus der untragbaren Kränkung im einzelnen Fall der abgeleiteten „durch Subsumtion und Allgemeinbegriff" vorgehen; da die Regel, der Rechtssatz ja auch ihrerseits ursprünglich erst auf diesem Wege entstanden waren.

„Hieran ist festzuhalten", wird beim RG. schon zu einer ständigen Wendung für neues Spruchrecht, das in der Kristallisation zum sogenannten Gewohnheitsrecht begriffen ist; in der Kristallisation erst; das Verant-

---

es zu einem gewöhnlichen Gesetze machte. Das römische Recht war sonst bekanntlich, mindestens das spätrömische Recht, das in Deutschland geltend wurde, inhaltlich als materielles Recht nichts weniger als die „ratio scripta", als welche es die Glossatoren bezeichneten. Als geeignete Lebensform für das römische Volk und als befriedete Gestaltung seines sozialen Zusammenlebens hat es ja vielmehr völlig versagt; in einer geradezu beispiellosen Weise; keine Niedergangserscheinung der neuzeitlichen europäischen Welt, auch in der drastischsten Aufmachung vom „Untergang des Abendlandes", reicht auch nur entfernt an den Bevölkerungsschwund Italiens in der Spätantike heran; und die Versklavungserlasse Konstantins vom 7. Oktober 325 und vom 30. Oktober 332 überschreiten auch das Äußerste, was man aus der neuzeitlich-europäischen Rechtsgeschichte etwa vergleichen könnte, nämlich die Erlasse Boris Godunows von 1592 und 1597, die die Freizügigkeit der russischen Bauern beseitigten und damit erst die schon vorher bestehende Leibeigenschaft zur vollen Härte brachten. Aber der erste Erlaß Konstantins hatte auch die G r u n d h e r r n, Curialen, Dekurionen, an die Scholle gefesselt, erblich an ihren Boden und Stand gebunden; was, soweit ich sehe, völlig beispiellos ist. Die durch den zweiten Erlaß geschaffene Stellung der Kolonen, Bauern, die dem Buchstaben nach Freie waren, bezeichneten etwas später Arcadius und Honorius mit den Worten: „paene est, ut quadam servitute dediti videantur; cod. Iust. XI, 50 (49), 2.

Ich darf diese Stelle hier in Erinnerung bringen; erstens, weil dieses Ereignis von ungeheuerster, natürlich verhängnisvollster Bedeutung für die Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Spätroms in unsern üblichen Lehrbüchern der römischen Rechtsgeschichte kaum oder gar nicht behandelt wird; und zweitens weil die Tatsache auch für den besonderen Gegenstand dieser Abhandlung, nämlich die Rechtsquellenlehre, sehr aufschlußreich ist. Ohne die völlige Verwirrung der drei Gewalten und das Fehlen jeden festen Begriffs von Gesetz und Rechtsquelle, das aus jener Verwirrung entsprang, wäre diese wie gesagt beispiellose Ungeheuerlichkeit kaum möglich gewesen; beispiellos für eine doch zu dieser Zeit immerhin noch als eine hochentwickelte Zivilisation wenn auch wegen schon fortgeschrittener sozialer Zersetzung und anthropologischer Veränderung damals nicht mehr als eine eigene Kulturgemeinschaft bestehende spätrömische Rechtsgemeinschaft.

wortungsbewußtsein unserer obersten Richter ist doch auch mehrfach von schon mit dieser Wendung bezeichneter Rechtsauffassung wieder abgewichen.

Das Bekanntwerden einer in einem Urteil zutage tretenden neuen Rechtsauffassung ist aber nun, durch die neuzeitlichen Verkehrsmittel und die neuzeitlichen Vervielfältigungsverfahren, verglichen mit älteren Perioden der Rechtsgeschichte, besonders auch der römischen, in einem riesigen Maße gesteigert und erleichtert. Es war schon darauf hinzuweisen, daß die wichtigen Entscheidungen in der Inflationszeit sofort allen Beteiligten der deutschen Rechtsgemeinschaft von über 60 Millionen bekannt wurden. Das war in früheren Zeiten einfach technisch unmöglich. Die Folge davon muß sein, daß künftighin die Kristallisation von Spruchrecht zum bindenden Rechtssatz, also daß aus der bloßen Rechtskraft des einzelnen Urteils dann Gesetzeskraft erwächst, sich sehr viel rascher vollziehen wird; durch die allgemeine Verbreitung von Schriftkenntnis und Lesen, durch die Verkehrsmittel und durch die Buchdruckerkunst. Was allein die letztere in dieser Richtung bedeutet, erläutert ein Blick auf den verzweifelten Zustand der Rechtsquellen in der späteren römischen Kaiserzeit; in einem riesigen Reich, aber ohne die heutigen Verkehrsmittel, sollten die Erlasse und selbst einzelne Entscheidungen des kaiserlichen Kabinetts im ganzen Reiche als Präjudizien gelten; und doch machte schon allein die bloße Mitteilung des wörtlichen Textes so große Schwierigkeiten, daß ein Mißstand auftrat, der in unserem heutigen Rechtsleben schlechthin nicht möglich ist; nämlich daß zugunsten einer Partei von dieser gefälschte Gesetzestexte untergeschoben wurden.

Während im gesunden römischen Staatswesen der älteren Zeit die ausführende Gewalt im wesentlichen beim Konsul war, die richterliche beim Prätor und den Geschworenen, die gesetzgebende Gewalt bei der Volksversammlung, waren in der späteren sogenannten Kaiserzeit alle Gewalten im Kabinett des Imperators vereinigt[21]).

Der Imperator hatte alle ausführende Gewalt, er war der alleinige Gesetzgeber, und er sprach auch Recht. Dieser Zustand aber war auf die Dauer so unzuträglich, daß sich die Kaiser selbst, wie Konstantin und

---

[21]) Die staatsrechtlichen Bezeichnungen sind so stark durch die geschichtliche Einzelerscheinung bedingt, also so sehr „idiographisch", daß man sie nur sehr vorsichtig als Begriffe verwenden sollte. Jedenfalls in der späteren römischen Zeit war der sogenannte Kaiser der, der die jeweils stärkste Prätorianermacht aufbieten konnte und deshalb äußerst verschieden von dem, was wir sowohl im ersten als auch im zweiten Reich unter dem Kaiser verstanden. Unter „Republik" versteht man üblicherweise doch meist eine Verfassungsform auf breiter, möglichst alle Volksgenossen in annähernd gleicher Weise im Staatsleben berechtigender Grundlage. Die antiken „Republiken" kannten aber alle die Einrichtung der Sklaverei; also ein sehr großer Teil der Einwohner, vielfach die Mehrheit, war völlig rechtlos.

Arcadius, wieder dagegen wenden mußten; man sollte doch nicht jedes vom Kabinett ergangene Urteil oder Gutachten auch als für künftige Fälle bindend ansehen. Das gibt noch eine kleine Erläuterung zur Gewaltenteilungslehre. Deren Hauptfehler war, daß sie das Imperium des Richters zu sehr einschränkte oder völlig beseitigen wollte. Aber die Angriffe auf die Dreiteilung der Gewalten sind in unseren Tagen entschieden übertrieben worden. Vor allem die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, also eben wieder das Imperium des Richters, bedürfen unbedingt der Selbständigkeit der Justiz und ihrer Sicherung vor Eingriffen der ausführenden Gewalt. Eine zuverlässige Rechtsprechung einschließlich auch vor allem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, dieser besonderen, dem römischen Rechtsleben unbekannten Schöpfung des deutschen, bekanntlich des alten deutschen Staatswesens[22], bildet die wichtigste Grundlage eines gesunden Rechtsstaates; die allein wirksame Sicherung, die eben nur von der richterlichen, von den beiden anderen Gewalten aber schlechthin nicht geleistet werden kann, nachdem in der Aufklärungszeit sich der Rechtssatz gebildet hat, der immer noch herrscht, daß der Gesetzgeber inhaltlich alles könne und dürfe. Am 27. November 1926, ungefähr auf dem Höhepunkt der Systemzeit, schrieb der Präsident des Reichsgerichts die eigentlich erschütternden Worte: „Die Rechtsprechung des Deutschen Reiches befindet sich angesichts der Gesetzgebung der Kriegs- und Nachkriegszeit in der schweren und fast unerträglichen Lage, daß sie vielfach nicht mehr eigentliches Recht, sondern nur noch mehr oder minder großes Unrecht sprechen kann. Aber getreu dem Eid auf die Verfassung muß sie ihre Sprüche nach dem Inhalt der Gesetze fällen." Der Präsident des deutschen Reichsgerichts hat dabei das Imperium des Richters sehr gering eingeschätzt. Anders dachten die Richter von Rhode-Island gegenüber einem Gesetz ihres Staates von 1786, das mit den schwersten Strafen den bedrohte, der einen Unterschied machen wollte zwischen Papiergeld und Silbergeld. Sie weigerten sich, diese schweren Strafen auszusprechen und wurden deshalb vor den Staatsgerichtshof gestellt, der sie schließlich aber doch freisprach; vgl. den neuen Pitaval, Sammlung der interessantesten Kriminalgeschichten, von Hitzig und Häring, 13. Band, 1848; „was aber helfen soll, wenn die höchste gesetz-

[22]) Niebuhr und Tocqueville betonen mit Recht, daß eine zuverlässige und gerechte Verwaltung wichtiger ist für das Gemeinwohl als die Form der Verfassung. Die Verfassung oder die Grundsätze, wem die öffentliche Gewalt in dieser Gruppe zustehen soll — Gegensatz: Verwaltungsrecht, wie sie zu handhaben ist — können auch nie richterlichen Rechtsschutz genießen, weil jede neu, durch Revolution oder Staatsstreich, zur Macht im Staat gekommene Gewalt notwendig auch die Gerichtshoheit an sich reißen muß. Man kann deshalb zweifeln, ob die Verfassung wirklich Recht ist und nicht vielmehr nur Lebensform dieser Gruppe wie die Ordnung eines Ameisenstaates; die „gerechte" Verfassung also die biologisch für diese Menschengruppe nach deren Artung geeignetste Verteilung der öffentlichen Gewalt.

gebende Macht einer Nation bar unsinnige Gesetze macht, ist in keinem Kodex ausgesprochen. Hier finden wir ein Beispiel, wo die Hilfe gesucht werden kann — bei den Richtern."

V.

Billigkeit.

Auf dem Juristentag im Oktober 1933 in Leipzig sagte der Führer, dem Rechtsleben dürfe künftighin niemals wieder der enge Zusammenhang mit dem sittlichen Gemeinschaftsleben der Nation verlorengehen. Daß Recht und Moral irgendwie zusammenhängen, war den Rechtsgenossen, soweit sie den Gerichten als Objekte, man möchte sagen, als Leidende, gegenüberstanden, wohl nie verlorengegangen. Wohl aber den aktiv am Rechtsleben Beteiligten, den Rechtskundigen von Fach. Es scheint, weil es in der Rechtsgeschichte der verschiedensten Völker und zu den verschiedensten Zeiten immer wiederkehrt, im gewissen Sinne eine gesetzmäßige Erscheinung zu sein, und doch bedeutet es eine Entwicklungskrankheit, daß man „kaum Herr vom ersten Kinderwillen", nämlich im Besitze einer gewissen Summe von sozialen Erfahrungen, niedergelegt in überlieferten Rechtssätzen und Rechtsbegriffen, sich „nun schon Übermensch genug dünkt", die Quelle aller jener Rechtssätze und Rechtsbegriffe verstopfen zu können; daß man glaubt, den Rückgriff auf die Grundlagen des Rechtslebens im sittlichen Gemeinschaftsleben ganz entbehren zu können, in der Hoffnung, alle notwendig werdenden Rechtsbescheide nun durch logische Folgerung aus dem vorhandenen Bestand an Rechtsbegriffen zu gewinnen. Im Gefolge davon entwickelt sich „die vulgäre Vorstellung, daß ohne Gesetz kein Recht sei"; K. G. Bruns. Kein Geringerer als Leibniz hat das ganz abwegige und geradezu verhängnisvolle Wort geprägt, Jurisprudenz sei ein Rechnen mit Begriffen; bei welchem Rechnen selbstverständlich jedes ethische Werten ausgeschlossen ist. Aber der Positivismus und die Rechtsquellenlehre der nur geschichtlichen Schule von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts oder der „Allgesetzlichkeit" taten ja genau dasselbe; und der oben angeführte junge Anhänger der geschichtlichen Schule gegenüber Thibaut wollte ja sogar nicht nur bei der einzelnen Rechtsgewinnung, sondern selbst gegenüber einem völlig geschichtlich gewordenen Rechtsinhalt jegliche theoretische Kritik und Zweckmäßigkeitsprüfung versagen.

Folgerichtigerweise hätte man dann ja auch bei gesetzgeberischer Arbeit, de lege ferenda, solche „selbstklugen" Werterwägungen verbieten müssen und dem Gesetzgeber gerade nur die Aufgabe zuweisen dürfen, die tatsächliche Entwicklungsrichtung des positiven Rechts auf dieser Stufe sorg-

fältig zu beobachten und dieser schon angesetzten Richtung dienend zur Geburt zu verhelfen. Diese Folgerung zog man freilich nicht, wie ja auch die zwar nicht in ihren Ausgangspunkten, wohl aber, wie schon gesagt, in ihren Ergebnissen der positivistisch-historischen Auffassung verwandte sozialdemokratisch-materialistische Rechts- und Gesellschaftsauffassung ihre Behauptung von der „zwangsläufigen" Entstehung der Rechtsform aus der Wirtschaftsstufe sofort verleugnete, wenn sie auf die Rechtsgestaltung bewußt einzuwirken in die Lage kam. Daß man — wenn ich nicht irre, war es eine Strafrechtsschule — an Stelle der sonst üblichen Ausdrücke natürliches, vernünftiges, richtiges Recht gern bloß vom „kommenden" Recht sprach, ist ja offenbar eine Wirkung jener Grundauffassung, nämlich, daß man selbst die gesetzgeberische Weiterbildung der Rechtsordnung vorwiegend als ein „zwangsläufiges" Ergebnis des tatsächlich geschichtlichen Verlaufs angesehen wissen wollte, um das als naturrechtlich verpönte Werten zu verhüllen; das natürlich doch vorlag. Als „Erkenntnis des Erkannten" hat ein berühmter Philologe seine Wissenschaft begrifflich bestimmt, wahrscheinlich zutreffend; von ihrer antiquarisch-philologischen Grundrichtung sprach die geschichtliche Schule der Rechtswissenschaft, nicht etwa nur die der Rechtsgeschichte, sondern auch die Rechtsdogmatik ganz offen (vgl. schon oben). Es hängt damit zusammen, daß vielfach eine rechtswissenschaftliche Untersuchung für um so wissenschaftlicher galt, mit je älterer Vergangenheit sie sich beschäftigte; wobei doch allein schon der lückenhafte Zustand der Quellen es ungeheuer erschwerte, gerade das rechtliche Wesen des untersuchten Lebensausschnittes zu erkennen; wie wenn ein Anatom sich darauf kaprizieren wollte, Anatomie eines noch lebenden Tieres ausschließlich nach lückenhaftem, fossilem Material zu betreiben. Es hängt mit jener Einstellung weiter zusammen, daß gerade die vier letzten Jahrhunderte unserer Rechtsgeschichte — und diese wären doch gerade für das heutige Rechtsleben die wichtigsten, weil wirkungsnahesten — in ganz merkwürdiger Weise vernachlässigt wurden, selbst von der germanistischen Rechtswissenschaft.

Von der dreimaligen Rezeption römischer Rechtsbegriffe, die mit den drei Renaissancen — erstens der karolingisch-ottonischen, zweitens der meist allein sogenannten am Beginn der neueren Zeit und drittens des Klassizismus am Ende des vorvorigen und in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts — verbunden war, ist im Grunde, wie man ganz neuerlich einmal zutreffend hervorgehoben hat, die zeitlich letzte, der Klassizismus[23]),

[23]) Dieser ist vielleicht die wichtigste Renaissance oder Anknüpfung an antik-mittelmeerländisches Geistesgut in der nordeuropäisch-germanischen Welt gewesen, weil diese Bewegung, die übrigens ganz vorwiegend eine deutsche Angelegenheit war und etwa durch die Namen Winckelmann, Goethe, Schinkel bezeichnet ist, nun auf die

die eingreifendste gewesen, weil durch die anschließende Gesetzgebung der Aufklärungszeit und des Liberalismus die Einrichtungen und Überlieferungen des älteren deutschen Gemeinwesens erst endgültig beseitigt wurden, was durch die bloß subsidiäre Geltung des Corpus iuris in Deutschland immerhin noch nicht bewirkt war; wenn auch dessen Gedanken tatsächlich stärker auf die deutsche Rechtsentwicklung eingewirkt haben als dem Grundsatz von der bloß subsidären Geltung entsprochen hätte, wegen der geschlossenen und literarisch besseren Form der römisch-rechtlichen Quelle und wegen des Grundsatzes der sogenannten fundata intentio[24]).

Die Gegenwirkung des Rechtslebens gegen die mit dessen Bedürfnissen unvereinbare nur-geschichtliche Theorie setzte latent sofort ein, nämlich bei der geschichtlichen Schule selbst schon, als die Berufung auf die sogenannte Natur der Sache (vgl. oben Seite 15). Das Inkrafttreten des Bürgerlichen

---

wirklichen geistigen Grundlagen der antik-mittelmeerländischen Kultur, nämlich auf das Griechentum zurückgriff; während die beiden ersten Renaissancen im wesentlichen nur auf der Hinterlassenschaft des Römertums beruhten. Um deswillen hat wohl auch diese letzte Renaissance am ehesten den deutschen Geist bereichert, was von den beiden ersten mindestens zweifelhaft ist (vgl. Richard Benz). Daß selbst der Klassizismus doch nach anderen Richtungen die deutsche Entwicklung auch gehemmt hat, — um das zu erkennen, braucht man sich nur zu fragen, ob der erste Teil des Faust und die Lieder, die vor der klassizistischen Epoche Goethes liegen, oder Werke wie Iphigenie und Tasso, die zeitlich nachher liegen, wichtiger für uns sind; die Antwort kann nicht zweifelhaft sein.

[24]) Daß das starre Dogma der geschichtlichen Schule so lange, über ein halbes Jahrhundert, auf den Kathedern herrschend blieb, obwohl das praktische Rechtsleben überhaupt nie mit ihm auskommen konnte und obwohl auch theoretischer Widerspruch sich schon früher regte (von Wächter), ist nur aus „Allzumenschlichem" zu erklären. Was Nelson-Nathanaelson — in seiner „Rechtswissenschaft ohne Recht", S. 234, einmal ganz treffend kennzeichnet; mit dem richtigen Instinkt des verneinenden, zersetzenden Geistes für das Anbrüchige. Jede neu gefundene Erkenntnis bedeutet natürlich zunächst einen Vorwurf für die zu dieser Zeit von der im Amt befindlichen Priesterschaft bzw. Professorenschaft vorgetragene Lehre; den Vorwurf, daß diese offizielle Lehre eben an dieser Stelle rückständig sei. Daher stößt jeder wissenschaftliche Fortschritt zunächst auf Widerstand und Feindschaft bei den „Maßgeblichen". Der geniale Organisationsgedanke Moltkes, dem ausschlaggebenden Befehlshaber den etwa 10 bis 15 Jahre jüngeren, bloß beratenden, aber mitverantwortlichen Generalstäbler an die Seite zu setzen (vgl. Philalethes Kuhn, Zwieführung), lag gerade darin, nämlich der jungen Generation und den von ihr vertretenen neu aufkommenden Auffassungen eine Einflußnahme und Wirkungsweise neben der Überlieferung und älteren Erfahrung zu schaffen. Für den Wissenschaftsbetrieb läßt sich wohl eine ähnliche Einrichtung nicht schaffen oder besteht sie jedenfalls nicht. Das lange Überleben, trotz stärkster Überalterung, der positivistisch-historischen Rechtslehre in der zünftigen Wissenschaft erklärt sich daraus, daß bei diesem bloßen „Zusammentragen und Wiederausbreiten historischen Wissenstoffs" die Bücherproduktion der jungen Generation nicht oder doch längst nicht in dem Maß wie bei wirklicher Erweiterung der Erkenntnis in einen Gegensatz zu herrschenden Lehrmeinungen der Maßgeblichen zu treten brauchte, so daß der „Historismus" deshalb den äußeren Bedürfnissen der zünftigen Wissenschaftsorganisation sehr gemäß ist. Noch um die letztvergangene Jahrhundertwende erfuhr die auftretende Kritik an der geschichtlichen Rechtsquellenlehre ganz überlegen tuende Zurückweisung; allerdings von Theodor Kipp, der vielleicht ein ganz besonders ausgeprägter Typ war nach dieser Richtung des Sammelns von Meinungen; in der Neuherausgabe der Windscheidschen Pandekten; übrigens auch in seiner, Kipps, Geschichte der Quellen des römischen Rechts.

Gesetzbuches am 1. Januar 1900 bedeutete auch noch nach einer anderen als der oben schon hervorgehobenen Richtung eine weitere wichtige Entwicklungsstufe auf diesem Weg. Noch der erste Entwurf zum BGB. hatte in einer glücklicherweise dann von der zweiten Kommission beseitigten Vorschrift das Gewohnheitsrecht verbieten, also die Rechtentstehung durch sein Gesetzeswort reglementieren zu können geglaubt. Das bedeutete sogar einen Rückfall in die Rechtsquellenlehre der Spätzeit des Naturrechts, die von der geschichtlichen Schule bekämpft worden war. Der endgültige Text des Gesetzes hat dann in Artikel 2 des Einführungsgesetzes eine Bestimmung geschaffen, deren große grundsätzliche Bedeutung für die Rechtsquellenlehre, für die Befreiung vom Positivismus und der „Allgesetzlichkeit", vielfach noch nicht genügend erkannt wird. Die Vorschrift lautet: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm." Damit konnte, da das Kodifikationsprinzip alles auf dem Gebiete des BGB. bestehende Privatrecht, Gesetz und Gewohnheit, beseitigt hatte, nicht etwa nur das sogenannte Gewohnheitsrecht gemeint sein; weil es solches in diesem Zeitpunkt des deutschen Privatrechtslebens nicht gab. In der Vorschrift lag also schlechthin die Anerkennung, daß es anderes geltendes Recht als die Vorschriften der BGB. gäbe; ungeschriebenes Recht, um den unvorgreiflichsten Ausdruck für alle die Rechtsnormen zu gebrauchen, die die strenge positivistische Lehre Bergbohms als unpositiv, als verkapptes Naturrecht bezeichnet hätte.

Die zweite in dieser Richtung grundsätzlich wichtige Vorschrift ist die des Artikels 30 des EG. zum BGB., wonach Rechtssätze eines fremden Staats, die nach den Vorschriften unseres räumlichen Grenzrechts auf einen gegebenen Fall anzuwenden wären, vom deutschen Richter dann nicht anzuwenden sind, wenn die Anwendung „gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde". Unser geltendes Recht, hier das Völkerrecht, erkennt bekanntlich die Souveränität und damit die gesetzgebende Gewalt fremder Staaten schlechthin an; diese steht der unserigen im Range durchaus gleich. Indem die positiven Gesetze der fremden Staatsgewalten, die als solche der unserigen gleichstehen, in dieser Weise inhaltlich der Überprüfung des deutschen Richters unterworfen werden, ob sie nicht inhaltlich „gegen die sittlichen, politischen, gesellschaftlich-wirtschaftlichen Grundlagen des deutschen Gemeinwesens verstoßen" (RG.), gegen dessen ordre public, wird klar und deutlich die Überordnung dieses ungeschriebenen Rechts[25]) über das ge-

[25]) Die sittlichen Grundlagen des deutschen Gemeinwesens sind bekanntlich nirgends kodifiziert; was man vielleicht behaupten könnte, wenn es eine schlechthin alleinherrschende Religionsform in Deutschland und einen bindenden Kodex von deren Moraltheologie gäbe. Die weitergreifenden Zwecke des Gesetzgebers sind bekanntlich bisher

schriebene, als positive Norm einwandfrei entstandene Gesetzeswort ausgesprochen. Die umfängliche und sehr bemerkenswerte Rechtsprechung zum Artikel 30 gibt eine anschauliche Erläuterung zu dem Gesagten; zugleich freilich auch dazu, wieviel schwieriger diese „ursprüngliche Rechtsgewinnung" ist; wenn es nämlich dem das rechte Urteil suchenden Richter an dem Anhaltspunkt, an dem Simile, an der Regel, in der die soziale Erfahrung seiner Rechtsgemeinschaft kristallisiert ist, an der „Positivität", fehlt.

Das wichtigste Ventil aber gegenüber dem Positivismus oder der Paragraphentyrannei, die Stelle, wo unser Gesetzgeber wenigstens „die Pforten aufgestoßen hat durch die der Weg der Zukunft hindurchführen muß" (Jhering), bedeuten die zahlreichen Stellen, wo unser Gesetzgeber den Richter unmittelbar auf unpositive Normenkreise wie Treu und Glauben und gute Sitten, also auf die sittlichen Grundlagen des Rechtslebens oder auf sein „Rechtsgewissen" offen verwiesen hat; wie §§ 133, 157, 226, 242, 826. Schon bei dem Inkrafttreten des BGB. hat Rudolf Stammler darauf hingewiesen, daß in diesem Umfang das bisher noch kein Gesetzgeber der Welt gewagt habe; außer, müssen wir jetzt hinzufügen, dem schweizerischen Gesetzgeber, der aber auch zeitlich später kam und, wie der große Schöpfer des schweizerischen Gesetzbuches selbst bekannte, auf den Schultern der deutschen gesetzgeberischen Arbeit stand, deshalb auch über diese hinauskommen konnte. Und die Rechtsprechung unserer obersten Gerichte hat von dieser Freiheit einen guten Gebrauch gemacht, wenn auch vielleicht zunächst, begreiflicherweise unter dem Druck der noch herrschenden positivistischen Rechtslehre, etwas zaghafter, als man wohl hätte wünschen mögen. In einer Entscheidung (Band 52, Zivilsachen, Nummer 98) über den durch einen umfallenden Baum beim Nachbar angerichteten Schaden geht das Reichsgericht inhaltlich sicher über die positiven Vorschriften der §§ 823 ff. in der Bejahung der Schadenersatzpflicht hinaus; aber es sagt dazu in der Begründung: „Es ist der einzelne Fall daraufhin zu prüfen, ob nach dem Maße dessen, was man im menschlichen Verkehr billigerweise an gegenseitiger Rücksichtnahme verlangen kann, dem Besitzer des Baumes ein begründeter Vorwurf zu machen ist." Das ist äußerst vorsichtig ausgedrückt; das RG. macht dabei an drei Stellen — „der einzelne Fall", „billigerweise", „begründeter Vorwurf" — Vorbehalte, um die Entwicklung von Spruchrecht oder die Berufung auf diese Vorentscheidung in künftigen und ähnlichen Lagen (vgl. schon oben) nach Möglichkeit aus-

---

ebenfalls nie in den Worten des Gesetzes formuliert worden; wenn auch ganz neuerdings unsere Gesetzgebung, z. B. das Erbhofgesetz, eine begrüßenswerte Entwicklung in dieser Richtung zeigt.

zuschließen. Aber in Band 85 S. 117 spricht das Reichsgericht schon scharf und deutlich — soweit ich sehe, nur noch in Bd. 107 S. 88 gleich scharf — die Überordnung dieser ungeschriebenen Normen über die positive Gesetzesregel aus, indem es sagt: „Die §§ 242" — das ist der Verweis auf Treu und Glauben — „und 394" — das ist das positive Aufrechnungsverbot, das das RG. in diesem Falle beseitigen will — „stehen sich nicht als zwei gleich zwingende und gleich kräftige Rechtssätze gegenüber, in deren Zusammentreffen der § 394 als die lex specialis die Oberhand behalten müßte; sondern das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muß gerade in ihnen lebendige Wirkung üben zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzelten Wortlauts." Mehr braucht man wirklich grundsätzlich nicht für eine rechtsschöpferische Praxis, auch selbst contra, nicht nur praeter legem, also corrigendi juris civilis gratia. Es verschlägt diesem Grundsätzlichen gegenüber wenig, daß das RG. dann am Ende der Entscheidung noch einmal den vorsichtigen Zusatz macht, daß solche Freiheit des Richters nur jeweils nach „den im voraus nicht übersehbaren individuellen Umständen des Einzelfalles" zulässig sei und daß „die Grenzen sich rein theoretisch überhaupt nicht ziehen ließen". Wir dürfen in jenem ersten Satz des RG. heute einfach das Bekenntnis zu der „ursprünglichen", induktiven Rechtsgewinnung *aus der Untragbarkeit der einzelnen Sachkränkung* sehen.

Neue Erkenntnisse kommen im Rechtsleben ganz vorwiegend aus der Rechtsprechung, weil diese die neuen Fragen stellt. Dogmatische Behandlung überlieferter Rechtssätze kann, weil sie notwendig deduktiv, also bloß analytisch vorgeht, wohl einmal aus altüberlieferten Rechtssätzen oder Begriffen — regelmäßig nur aus gewordenen, nicht aus gemachten Rechtssätzen — eine in dem Rechtssatz niedergelegte soziale Erfahrung der betreffenden Volksgemeinschaft klarer erkennen und zu neuer Wirkung bringen; aber eigentliche Erweiterung der Erkenntnis durch neue Synthese kann die dogmatische Behandlung überlieferter Rechtssätze normalerweise nicht bieten.

Die römische Rechtssprache gebraucht das Wort lex für Vertragsbestimmung (lex contractus) und für verfassungsmäßig zustande gekommenes Gesetz. Daraus läßt sich eine fördernde begriffliche Klärung des Gegensatzes von gemachten und gewordenen Rechtssätzen gewinnen. Der Vertragsbestimmung und der Gesetzesvorschrift ist tatsächlich gemeinsam, daß hier die allgemeine Regel zeitlich zuerst da ist, der die vorausgesehenen späteren Reibungen unterfallen sollen. Während bei Spruchrecht und Gewohnheitsrecht zeitlich zuerst die einzelne Kränkungsabwehr auftritt, aus deren Wiederholung erst ihre grundsätzliche Verallgemeinerung

sich bildet; also auf demselben denkgesetzlichen Weg, auf dem überhaupt Begriffe aus Einzelwahrnehmungen entstehen. Es ist nicht richtig — um diesen häufig auftretenden Einwand vorwegzunehmen — daß diese einzelne Kränkungsabwehr, da sie ein rechtliches Zusammenleben, also eine Rechtsordnung begrifflich voraussetze, aus dem obersten Begriff des Rechtes gefolgert sei. Das ist so wenig zutreffend wie die Behauptung, daß das Geschmacksurteil, also die einzelne Aussage über Schön oder Häßlich, aus dem Begriff des Schönen folge. Dieser wird — vielleicht — am Ende der Tage von der Philosophie einwandfrei aufgestellt werden können; jedenfalls hat ihn die Menschheit bisher noch nicht besessen und hat doch in unzähligen Fällen das Urteil über Schön und Häßlich sehr bestimmt geäußert; ebenso wie sie unzählige ethische Werturteile gefällt hat, ohne daß man sich bisher über den obersten Begriff der Ethik auch nur halbwegs hätte wissenschaftlich einigen können.

„Über das Prinzip, woraus die Sittlichkeit abzuleiten sei, hat man sich nie vollkommen vereinigen können. Einige haben den Eigennutz als Triebfeder aller sittlichen Handlungen angenommen... wieder andere setzten das apodiktische Pflichtgebot obenan. Keine dieser Voraussetzungen konnte allgemein anerkannt werden." So schrieb Goethe in dem Zeugnis für Carlyle am 14. März 1828, den er an einer anderen Stelle eine „moralische Kraft" nennt[26].

Die Aussage über Gut und Böse beruht wie die über Schön und Häßlich — das ethische und das ästhetische Werturteil sind ja überhaupt im tiefsten verwandt — auf der Selbstwahrnehmung des Billigens oder Mißbilligens einer Handlung, des Gefallens oder Mißfallens an einem Eindruck; des zweckfreien, absichtfreien Wertens der Handlung als solcher, des Eindrucks als solchen; also daß eine begangene Handlung mich reut,

[26]) Ich glaube, nebenbei bemerkt, daß die freilich bloße Negative Kants, wonach ausschließlich nach der Zweckmäßigkeit des Einzelfalles zu handeln jedenfalls nicht ein ethisch bestimmtes Handeln darstellt, zu verbinden ist mit den positiven Aufstellungen über dieses Grundsätzliche, die bei Kant noch fehlen, dem „Sich-eins-wissen" mit den Genossen (Rehmke) für das spontane Handeln, und der „Furcht vor späteren Selbstvorwürfen" (Stendhal) für den erst nach Selbstüberwindung gefaßten Entschluß, — die zwei Arten der sittlichen Entschließung („Liebe und Pflichtgefühl" R. v. Ihering). Das ist die neue Ethik; die Besorgnis vor späteren Selbstvorwürfen, so daß auch der erst nach schwerstem Kampf durch die Überwindung von Gegenerwägungen gefaßte Entschluß doch im letzten Augenblick nach der eigenen größeren Lust oder wenigstens minderen Unlust gefaßt wird. Damit ist der „Rigorismus" Kants widerlegt, den das bekannte Distichon Schillers verspottet; nämlich als ob der Grad der aufgewendeten Selbstüberwindung den sittlichen Wert ausmache, so daß also der, der verbrecherische Neigungen erst überwinden muß, sittlich höher stünde als der, der den guten Entschluß aus seiner angeborenen Art oder aus seinem zu solchem Handeln erzogenen Wesen ohne Hemmungen findet; aus Hingabe, aus Liebe; vgl. mein „Ehre und Gewissen, über die Grundlage der Moral" in Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd. IV, 1929.

obwohl sie mir Vorteil gebracht hat, oder mich freut, obwohl sie mir Nachteil gebracht hat, weil die in dem Handeln zum Ausdruck gekommene Gesinnung mir als solche, als Maxime, mißfällt oder gefällt. Wie das Geschmacksurteil oder das Urteil über Schön und Häßlich als solches nur dann rein auftritt, wenn es ausschließlich den Eindruck als solchen betrifft; ob dieser zweckfreie Freude schenkte oder nicht, also gänzlich abgesehen davon, ob das Wahrgenommene meiner Lebensbejahung irgendwie hemmend oder fördernd gegenübertrat. Der große Gesellschaftsforscher Stendhal-Beyle sagt von seinen Landsleuten, die er bekanntlich sehr kritisch beurteilte, der durchschnittliche Franzose gebe „die Bezeichnung des Schönen nur dem, was weiblich ist". Solches Urteil ist natürlich sexuell, d. h. von Absichten bestimmt — denn ohne solche Trübung des Urteils würde niemand die Hirschkuh für schöner halten als den Hirsch —; darin liegt daher nicht ein bloßes ästhetisches Werturteil.

In der germanischen bzw. deutschen Rechtsgeschichte hat sich die öffentliche Gewalt — vielleicht um deswillen, weil der Germane mit seinem sehr starken, allzu starken Freiheitsbedürfnis[27] nur sehr widerwillig einer öffentlichen Stelle Befehlsbefugnisse über sich einräumte — geradezu begriffsvorbildlich entwickelt. Sie tritt zunächst nur als Heerbann und Gerichtsbann auf. Diese — oder auch die Werkzeuge der Friedensbewahrung nach außen und innen, das zur Erreichung des öffentlichen Zwecks erforderliche Maß von öffentlicher Gewalt (die von Carlyle der individualistischen Lehre vom Staatsvertrag gegenübergestellte Rechtfertigung der staatlichen Gewalt) — machen aber auch auf den höchsten Kulturstufen noch das eigentliche Wesen des Staates aus, demgegenüber Kulturzwecke, Wohlfahrtszwecke usw. und die zu ihrer Erreichung notwendigen Hoheitsrechte doch immer nur zweiten Ranges bleiben. So hat sich auch — und das gibt vielleicht noch eine ganz gute Erläuterung zu dem Gegensatz von gemachten und gewordenen Rechtssätzen — die gesetzgebende Gewalt oder die Vorstellung, daß es in der gegliederten Volksgemeinschaft eine Stelle gebe, die Rechtssätze schaffen könne, gerade im deutschen Verfassungsrecht in rechtsgeschichtlich wie begrifflich sehr bemerkenswerterweise entwickelt. Der König oder Herzog hatte die Gerichtshoheit und den Oberbefehl im Kriege, aber keineswegs gesetzgebende Gewalt. Die sogenannten Volksrechte — salisches, ribuarisches, bajuvarisches, alemannisches, thüringisches, um 500 n. d. Z. und später — sind zunächst nur Aufzeichnungen des bestehenden Rechts, Weistümer. Und der Beschluß der Volksversammlung,

[27]) „Die Form des deutschen Staatsrechts", schreibt G. W. F. Hegel von der Verfassung des alten Reichs, des ersten, das freilich an der übergroßen Freiheit der Teile zugrunde ging, „ist tief in dem begründet, wodurch die Deutschen sich am berühmtesten gemacht haben, nämlich in ihrem Trieb zur Freiheit."

der sie annimmt, ist im Grunde Vereinbarung aller Volksgenossen, lex contractus. Das alemannische Volksrecht heißt daher noch pactus Alamannorum[27a]).

Wir haben nach der Rechtsquellenlehre unseres geltenden Rechts die Möglichkeit und daher jetzt die Pflicht, unsere Rechtsordnung wirklich als das „ethische Minimum" unserer Volksgemeinschaft auszugestalten. „Minimum"; die Anforderungen, die das „Sich-eins-wissen" mit den Artgenossen in der Volksgemeinschaft, die Grundlage alles sittlichen Gemeinschaftslebens (Johannes Rehmke), an das eigene Gewissen stellt, sind natürlich viel umfassender als die bloßen Rechtspflichten. Wohl ist jede erheblichere Rechtspflicht auch sittlich geboten, aber keineswegs umgekehrt. Nicht alles, was ein anständiger, ehrenhafter, gewissenhafter Deutscher von sich selbst verlangt, kann ein Gegenüber, der etwa an dieser Rücksichtnahme beteiligt ist, von jenem verlangen; dieses, das Recht, das der Verpflichtung gegenübersteht und ihr genau entspricht, ist das Kennzeichen, das den engeren Kreis der rechtlichen Pflichten von der bloßen Sitte, Verkehrsüblichkeit und vor allem von dem viel umfassenderen der sittlichen Anforderungen unterscheidet.

Wenn Karl Larenz in „Rechtsperson und subjektives Recht" (Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935) schließlich in seinen das Ergebnis zusammenfassenden Thesen sagt, Pflicht und Befugnis seien dasselbe, so verwirrt das meines Erachtens die wichtigsten Grundbegriffe. Ich gestehe überhaupt, daß ich in diesen ganzen acht Thesen von Larenz über Rechtssubjekt nichts Neues und Brauchbares finden kann, obwohl ich die Lehre von der juristischen Person ebenfalls für sehr verbesserungsbedürftig halte (vgl. meine Besprechung des Buchs von Léon Michoud, La Théorie de la Personalité morale, 1924, und meine Darstellung des Wesens der juristischen Person in § 28 des „Bürgerlichen Rechts", in der von Rudolf Stammler herausgegebenen systematischen Darstellung des gesamten deutschen Rechts, 1931). — Auch gegen die Einführung der „Wesensschau" in unsere herbe Wissenschaft muß lebhafte Verwahrung eingelegt werden. Diese Vernebelungsmaschine war vielleicht noch begreiflich auf einem Wissenschaftsgebiet, von dem ein angesehener Fachmann, der britische Philosoph Berkeley, sagen konnte, daß dessen Vertreter, nämlich die Philosophen, erst einen Staub aufstöberten und sich dann beschwerten, sie könnten nichts sehen. Aber soweit ich sehe, ist jene Ausgeburt der Phänomenologie selbst auf ihrem Ursprungsgebiet schon wieder im Absterben. „Die phänomenologische Schulentwicklung", schreibt Julius Kraft, Von Husserl zu Heidegger, Kritik der phänomenologischen Philosophie, „hat mit Husserls Aufruf zur Philosophie als strenge Wissenschaft begonnen und mit Heideggers Metaphysik, die sich ausdrücklich von der wissenschaftlichen Philosophie lossagt, geendet. ... Bereits in dem phänomenologischen Grundansatz, der Lehre von der Wesensschau, waren Elemente enthalten, die den Weg von dem wissenschaftlichen Ernst Husserls über den anregenden, aber ungebundenen Einfallsreichtum Schelers hin zu Heideggers Ontologie, die sich als gekünstelte Verbaltechnik erweist, freigaben." Gekünstelte Verbaltechnik; das klingt wirklich schon bedenklich stark an an die berühmte Kennzeichnung der Fachwissenschaft: Philosophie, sie sei „systematischer Mißbrauch einer eigens zu diesem Zwecke geschaffenen Fachsprache". Diese Begriffs-

---

[27a]) Auch die älteste Handschrift der lex salica (Cod. Paris 4404) spricht von pactus salicae, eine Wiener Handschrift von pactus legis Riboariae; vgl. Walther Merk, in der Marburger Festgabe für den Verfasser dieses, 1937.

bestimmung rührt übrigens her von dem alten o. U. P., GehR. D., Dr. phil. h. c., Dr. lit. h. c., Theodor von Zahn in Erlangen, ganz kürzlich, über neunzig Jahre alt, verstorben.

Von einer Seite ist in jenem Kieler Kreise auch die Äußerung gefallen, die Unterscheidung von Erwägung de lege lata und de lege ferenda müsse als ein offenbarer „liberalistischer" Rückstand künftighin gänzlich ausgemerzt werden. Als eine darin steckende Viertelswahrheit kann man bei sehr wohlwollender Auslegung vielleicht in dieser Behauptung eine Aussprache des Gedankens sehen, daß bei jeder rechtlichen Aussage, jedem einzelnen Bescheid und jedem einzelnen Urteil, auch bei den durch Schlußfolgerung aus positiven Regeln gefundenen, allerdings die Zweckmäßigkeitserwägung oder die Betrachtung des einzelnen Ergebnisses auf seine Tragbarkeit, welche Betrachtung freilich quasi gesetzgeberisch ist, mitzusprechen hat. Dieser Gedanke ist ja schließlich der Grundgedanke dieses meines Aufsatzes und der Kritik an der positivistischen Rechtsquellenlehre überhaupt. Aber die maßlose Übertreibung, daß die Unterscheidung zwischen lex lata und lex ferenda überhaupt nicht gemacht werden dürfe, bedeutet eine ungeheuerliche Verkennung der „Gerechtigkeit in der Positivität" und Verneinung der wissenschaftlichen Rechtskultur überhaupt.

Der grobe Hebel des Rechts oder des Zwanges muß sich im allgemeinen damit begnügen, die unmittelbare Kränkung des Genossen, also eine Minderung, Störung von dessen Lebenskreise zu verhüten oder wiedergutzumachen; welches letztere ja dann auch noch vielfach, weil die Verletzung in der Vergangenheit vollzogen ist und als solche nicht mehr beseitigt werden kann, in der unzulänglichen Weise des bloß geldlichen Ersatzes erfolgen muß.

„Drei große Krafthebel beherrschen das menschliche Zusammenleben und haben immerhin in dessen Gestaltung und Befriedung schon erhebliche Erfolge erzielt. Der erste und gröbste dieser Hebel ist der Rechtszwang; der zweite ist die Hoffnung auf Gewinn oder die Furcht vor Verlust, der Lohn. Dieser Hebel wirkt in vielen Beziehungen schon besser und feiner als der äußere Zwang. Die Volkswirtschaft oder die Erzeugung von Werten wird im wesentlichen durch ihn bewegt und geführt. Zwangswirtschaft jeder Form — sowohl allstaatliche oder sozialistische wie Sklaven- oder Plantagenwirtschaft — ist niemals so schöpferisch wie freie Wirtschaft. Der oberste, edelste und trotzdem — es klingt wie frommer Kinderglaube, ist aber doch tatsächlich wahr — wirksamste Hebel aber liegt in den inneren freiwilligen Antrieben der eigenen Brust, nenne es Gesinnung, Ehrgefühl, Pflichtgefühl, Liebe, Religion" (Erich Jung, Grundgedanken der bürgerlichen Rechtsordnung,

in Mitteilungen der Gesellschaft „Deutscher Staat", e. V., 1926). Es führt immer zu sozialen Mißerfolgen, wenn die verschiedenen Wirkungsgebiete, die jedem dieser drei Hebel eigen sind, nicht in der richtigen Weise auseinandergehalten werden; so wenn man die Volkswirtschaft und die Gütererzeugung ausschließlich durch Zwang zu regeln sucht; oder wenn man versucht, wie das die Bevölkerungsgesetzgebung des Augustus und auch die französische Gesetzgebung unserer Zeit mit dem gleichen Mißerfolg gemacht haben, die Kinderarmut oder Kinderlosigkeit durch wirtschaftliche Vorteile für Kinderreiche und wirtschaftliche Nachteile für Kinderlose zu bekämpfen. Diese Gesetzgebung versagt immer; was die Familie sozial, für die Gesamtheit leisten muß, kann nur der oberste Hebel bewirken; die beiden niederen, Zwang und Lohn, versagen hier schlechthin.

Billigkeitsrecht bezeichnet die Erwägung, ob dieser einzelne Rechtsbefund auch den ethischen Grundlagen des Gemeinschaftslebens entspricht, ob ein anständiger, ehrenhafter usw. Volksgenosse dieser ihm gegenüber geltend gemachten Rechtspflicht freiwillig genügen würde; ob, umgekehrt, vom Berechtigten aus gesehen, ein solcher dieses Recht gegenüber einem Volksgenossen geltend machen würde. Diese Billigkeitserwägung birgt freilich eine Gefahr; die Gefahr eben, daß häufig das ethische Empfinden der Einzelnen nach angeborenen Trieben und nach der erhaltenen Erziehung, Erziehung auch durch Schicksal und durch das Leben, inhaltlich sehr verschieden ausschlagen kann. Aber diese Gefahr muß als das mindere Übel in Kauf genommen werden; da überdem auch, wie die rechtsgeschichtliche Erfahrung aller Jahrhunderte gezeigt hat, die Überbeanspruchung der positiven Regeln und die dadurch notwendig eintretenden Spitzfindigkeiten und Wortzerrungen eine größere Berechenbarkeit der Rechtsprechung nicht einmal gewährleisteten.

„Juristische Dialektik kann das Gegebene leicht mit gleicher logischer Schärfe aus entgegengesetzten Prinzipien deduzieren", sagt Jellinek einmal. Das gleiche kann man gewiß nicht, trotzdem nicht zu bestreiten ist, daß der Billigkeitsausschlag oder die Nachprüfung des Einzelergebnisses nach dem „ursprünglichen" Verfahren der Rechtsgewinnung (siehe oben) leicht einer stark persönlichen Färbung unterliegt, von diesem behaupten. Von den „Zufallsprodukten der juristischen Konstruktionskunst" spricht Otto Mayer schlechtweg. Beide Sätze stammen aus einer Zeit, als die positivistische Rechtslehre noch kaum erschüttert war und klingen uns heute fast schon wie ein Hohn auf eine solche Rechtshandhabung, die eben doch damals noch die durchaus übliche und theoretisch kaum bestrittene war. Die übermäßige, man kann ruhig sagen übertriebene, übers Ziel schießende Schärfe der Verneinung, die in

diesen Aussprüchen zutage kommt, ist übrigens ebenfalls zum Teil blutmäßig zu erklären.

Unser BGB. gebraucht die Worte „Billigkeit", „billig" an siebzehn Stellen, nach dem sorgfältigen Gradenwitzschen Wortverzeichnis zum BGB. Es war selbstverständlich vom Gesetzgeber richtig, daß er nicht eine Begriffsbestimmung versucht hat. Aber die Rechtswissenschaft hätte sich wirklich etwas eingehender um eine begriffliche Klärung bemühen sollen, als zum Beispiel ein zu seiner Zeit bekannter Pandektist mit der allgemeinen Wendung, es dürfe jedoch der Richter bei der Anwendung geformter Rechtssätze die Billigkeit niemals außer acht lassen.

Und auch die Formel, zu der Max Rümelin, der sich um die Rechtsquellenfrage sehr eifrig bemüht hat, in einer Rektoratsrede schließlich kommt — „die Billigkeit müsse das Recht meistern" — gibt tatsächlich gar nichts aus; sie ist sogar bedenklich; schlechthin meistern, also ihm übergeordnet sein, darf die sogenannte Billigkeit den positiven Rechtssatz doch keineswegs. Das wäre ja gerade — wie es übrigens Max Rümelin auch sicher nicht gemeint hat, der ja ein ausgesprochener Dogmatiker der alten Schule war — die aequitas cerebrina, die Schopenhauer „den Feind der Gerechtigkeit" genannt hat[28].

Die wichtigste Sicherung gegen allzu verschiedenen Ausschlag des ethischen Empfindens innerhalb der Rechtsgenossenschaft bietet die erreichbar möglichste blutmäßige Artgleichheit der Volksgemeinschaft. „Wahre Sittlichkeit gibt es nur unter Artgenossen", Bang.

Die Rechtsquellenfrage ist keineswegs metajuristisch, wie Kelsen meinte, d. h. mit unseren begrifflichen Mitteln nicht zu klären[29]. Richtig ist freilich, daß die Rechtsquellenfrage nicht vom Gesetzgeber gelöst werden kann; weil nämlich die ursprüngliche Rechtsentstehung dem Gesetzemachen sowohl begrifflich wie zeitlich vorausgeht, nach der hier vertretenen Auffassung. Wer also alle Rechtsgeltung auf den Befehlswillen eines Gesetz-

---

[28]) Die zutreffende Begriffsbestimmung der Billigkeit klingt an in einer Stelle von Scaevola in Dig. 44, 3, 14. pr. De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate; auch bei Siegfried Brie, Billigkeit und Recht, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band III. Die neue Synthese dazu bringt dann m. E. der Gedanke von Grotius, Schopenhauer, Dühring, daß diese am Einzelfall entspringende Einsicht in Recht oder Unrecht immer zunächst gewonnen wird aus der erkannten Unbill, dem Unrecht. Die das rechtmäßige Handeln gebietende Norm ist im Grunde eine ethische des Sollens. Rechtliche Aussage ist immer nur die Aussage über das, was der Berechtigte notfalls durch Zwang, durch Selbsthilfe (Notwehr) oder Gerichtshilfe, einem Verpflichteten gegenüber durchsetzen kann; umgekehrt, was der Verpflichtete als Weigernder von Zwang eines Gegenübers zu erwarten hat.

[29]) Ich kann mich nur der Meinung v. Launs, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 30, S. 390, anschließen, daß „Kelsens Theorie weder für die philosophische Erfassung, noch für die praktische Anwendung des Rechts von Wert ist."

gebers zurückführt, demnach unter Rechtswissenschaft nur die Wissenschaft vom positiven Recht versteht, handelt allerdings nur folgerichtig, wenn er die Frage nach dem obersten Geltungsgrunde oder die Rechtsquellenfrage für vorjuristisch, metajuristisch erklärt. — Der Fehler der nurgeschichtlichen Rechtsquellenlehre war, wie schon gesagt, schwerer, als der des Naturrechts, den sie bekämpfte. Die Lehre der geschichtlichen Schule hat aber glücklicherweise nicht gesiegt. Sie hat erstens, wenn auch gegen ihren Willen, wie E. J. Becker einmal richtig hervorhob, doch viele naturrechtliche Begriffselemente übernommen und verwendet; und, wie schon gesagt, war die deutsche Gesetzgebung, gegen den Rat Savignys in seiner den Kampf der geschichtlichen Schule gegen die naturrechtliche eröffnenden Streitschrift, in keinem Jahrhundert der zwei Jahrtausende deutscher Rechtsgeschichte so lebendig und tätig als in dem Jahrhundert, zu dessen Beginn die geschichtliche Schule auftrat und in dessen Verlauf sie die längste Zeit die Lehre beherrschte. Lothar Bucher, der große Mitarbeiter des Fürsten Bismarck und Miturheber der Verfassung des Zweiten Reichs, sagt einmal, in seiner Abhandlung über das common law, das Gesetzemachen bedeute den Sündenfall der Rechtsentwicklung. Das klingt wie eine bloße Geistreichelei; aber richtig ist, daß mit der bewußten Gestaltung an ihrer Rechtsform der betreffenden Rechtsgemeinschaft zunächst vieles verloren geht an unbewußter sozialer Erfahrung, und an triebhaft richtigem Rechtshandeln, das nun durch den vielfach plumpen Eingriff des Gesetzemachers gestört wird. Mißlungene, widersinnige oder auch völlig theoretische und tote, niemals zu lebendem Recht erwachsende Rechtssätze kommen nur in der Gesetzgebung vor; Spruchrecht, Gewohnheitsrecht, „allmählich aus der Macht der Umstände und der Weisheit des Lebens selbst erwachsene Rechtssätze" (Schopenhauer) werden mindestens unter die letztgenannte Gruppe niemals fallen. Aber man braucht nur einen Blick auf das englische Rechtsleben zu werfen, das die längste Zeit das Gesetzemachen und bis heute das planmäßige, systematische Kodifizieren verabscheut hat, um durch einen Vergleich mit unserem heutigen deutschen Rechtsleben zu erkennen, wieviel bedenklicher als die zuzugebenden Gefahren hemmungsloser Gesetzemacherei doch der Verzicht auf jedes Gesetzemachen, „Rationalisieren" ist. Der „Sündenfall", d. h. das Wissendwerden, ist eben doch auch die Voraussetzung des zweckbewußten Handelns, planmäßigen Gestaltens; und der dadurch zu erreichende Gewinn ist letztlich größer als der Verlust der unbefangenen Sicherheit in der ruhigen Tradition. Nach der angelsächsischen Rechtsquellenlehre sind bekanntlich die einzelnen Präjudizien bindend, was übrigens grundsätzlich durchaus in der Linie der nurgeschichtlichen Rechtsquellenlehre läge; jede in einem

einzelnen Urteil zur Rechtskraft erwachsene neue rechtliche Auffassung soll auch für künftige Fälle gelten, also Gesetzeskraft haben. Die Folge ist, daß 17000 Bände Entscheidungen in Nordamerika das geltende Recht darstellen, also daß im Grunde niemand das geltende Recht wirklich kennt, beherrscht; daß in einem Rechtsstreit über einen undicht gewordenen Gasbrenner ein Gesetz aus dem Anfang der Vierzehnhundert erläutert wird und daß die Engländer sich selbst die most lawyeridden nation in Europe nennen (nach de Boor).

Das ältere Naturrecht der Althusius, Pufendorf, Grotius geht auf die Anstöße der Reformationszeit zurück. Es bedeutete eine wichtige Entwicklungsstufe und zwar in einer Aufwärtsentwicklung. Diese Befreiung von „positiv-geschichtlichem" Ballast, der ja auch auf dem Gebiete des Rechtslebens sehr vielfach in kirchlichen Bindungen lag, und die Besinnung auf die eigene Ratio und das Recht der eigenen Zeit war auf dieser Entwicklungsstufe notwendig und förderlich. Auch wenn dann später das Popularnaturrecht die eigene Ratio überschätzte und die Bedeutung der Tradition unterschätzte.

Die ganze Aufklärungszeit geht letzten Endes auf die durch die Reformation vollzogene Befreiung von der Überlast der Tradition und des Geschichtlichen zurück und wäre ohne diese nicht möglich gewesen. Der Franzose Viktor Hugo, der ja bis zum Kriege von 1870 ein großer Bewunderer des deutschen Geistes war, schreibt einmal von „dem Schwert Luthers als Waffe Voltaires"[30]).

Die „Waffe Voltaires" ist dann freilich in Umsturzzeiten vielfach auch ein Werkzeug bloßer Vernichtung und Zerstörung geworden. Der englische Kanzler Haldane hat kurz vor dem Kriege in einer Rede vor der schottischen Universität St. Andrews ausgeführt, alle tiefer greifenden geistigen Umwälzungen in Europa gingen von dem „Erdbebenherd" Deutschland aus — er nennt Luther und Kant —, von Deutschland, das andererseits von stürmischen Revolten und blutigen Revolutionen freier

[30]) Voltaire hatte ganz sicher eine jüdische Blutbeimischung; das Versteckspiel mit dem Namen (er hieß in Wirklichkeit Arouet); die Valutaspekulationen, die ihn mit Friedrich dem Großen auseinanderbrachten; die riesige Geschäftstüchtigkeit, daß er durch Schriftstellerei ein steinreicher Mann wurde; und schließlich die ganze geistige Art, die ausgesprochen kritische, rein verstandesmäßige Begabung, die Thomas Carlyle in seinem Essay über Voltaire sehr treffend schildert, übrigens ohne an den rassischen Gesichtspunkt zu denken, den Carlyle ja sonst, sehr weitblickend für seine Zeit, schon stark einschätzt. Die Grenzen dieser rein verstandesmäßigen Begabung Voltaires treten besonders anschaulich hervor in seiner Auffassung von der Jungfrau von Orleans. Schiller, der Seher, hat die geschichtliche Wahrheit viel klarer gesehen als Voltaire, der aus seiner Art heraus die rührende, selbstlose Gestalt der Jungfrau einfach nicht verstehen konnte und deshalb leugnete. — Göthe spricht von „der parteiischen Ungerechtigkeit" Voltaires, und daß sein Bestreben in erster Linie auf Einfluß und äußere Geltung bei den großen Machthabern der Erde gerichtet gewesen sei.

geblieben sei als andere europäische Länder. Jetzt, zum Nürnberger Parteitag 1936, hat ein Engländer geschrieben, in Deutschland vollziehe sich derzeit eine so gewaltige geistige Umwälzung — in der Erziehung zur Volksgemeinschaft und dem sozialen Ausgleich — daß notgedrungen die anderen europäischen Völker sich mit dieser Erscheinung befassen und sie in irgendwelcher Weise nachahmen müßten, um nicht zurückzubleiben.

Man darf dem Schmied, der eine gute Waffe geschmiedet hat, nicht zum Vorwurf machen, daß diese scharfe Waffe auch mißbraucht werden kann. Daß notwendige Reformen vielfach zu Revolutionen werden, bei denen auch vieles zerstört wird, was nicht abbauwürdig war, nur weil es alt ist, ist aber vielfach ebenfalls blutmäßig bedingt; dadurch, daß bei großen Revolutionen, aus leichtbegreiflichen Gründen, viele Volks- und Artfremde in eine führende Rolle kommen. „Doch dieses schlaue Volk sieht einen Weg nur offen, solang die Ordnung steht, solang hat's nichts zu hoffen", schreibt Goethe. Diese Führung durch volksfremde Bestandteile ist kennzeichnend hervorgetreten in der französischen Kommune im Jahre 1871, in unserer Novemberrevolution und in der russischen Revolution von 1917 bis heute. Die Umwälzung von 1933 wollen wir unter uns und allein durchführen, vor allem auch auf dem Gebiete des Rechtslebens[31]).

---

[31]) D'Israeli (Beaconsfield), in der viktorianischen Zeit britischer Reichskanzler, war jüdischer Abstammung und bewußt zionistisch, übrigens nicht Askenasy (Ostjude), sondern aus einer alten mittelmeerischen Sephardim-Familie, wie die Sassoons aus Bagdad; die Montefiores; ein Zweig der Manasses; der jüdischen Aristokratie, zu der die Rothschilds ursprünglich nicht gehörten. D'Israeli schreibt in einem seiner Jugendromane von der zu dieser Zeit sich vollziehenden 1848er Revolution in Deutschland, sie werde geleitet von „Juden und Polen". — Napoleon, der ja in dem 1806 nach Paris berufenen großen Sanhedrin die erste weltpolitische Zusammenfassung des jüdischen Volkes nach der Zerstreuung veranlaßt hat, unterschied scharf Sephardim und Askenasy. Er nannte die letzteren elsässische Juden und erließ scharfe Verordnungen gegen diese. Die Sephardim werden auch vielfach portugiesische Juden genannt, weil nach der Zerstreuung viele davon zunächst in Portugal sich ansässig gemacht hatten. Ostjuden von Abstammung sind nun aber nicht etwa nur die in Osteuropa wohnenden oder noch in Tracht und Art der osteuropäischen Juden im Westen Auftretenden, sondern auch der weitaus größte Teil der in den westlichen Staaten Deutschland, England, Frankreich, wenn auch seit Generationen, lebenden Juden; wie Schröer auf der Berliner Hochschullehrertagung im Oktober 1936 richtig ausführte. Es gibt, wie es scheint, nicht mehr viele echte Sephardim-Familien. Der Unterschied beider Gruppen ist sehr ausgeprägt. Die Sephardim sind mittelmeerische Langköpfe und durchaus noch verwandt den semitischen Arabern, die nach Art und Denkweise von den europäischen Juden ja sehr verschieden sind. Die Askenasy sind wahrscheinlich entstanden durch Mischung eines jüdischen Volksstamms mit den Chasaren, die nordwestlich des Schwarzen Meeres saßen und, ihrerseits schon ein stark gemischter Stamm auf tartarischer Grundlage, im 8. Jahrhundert unter ihrem Fürsten Bulan zum Judentum übertraten. Auf diese Ostjuden, auch deutsche Juden genannt, weil sie in Polen und Rußland vielfach deutsche Namen annahmen, wurde dann irrtümlich der Volksname Askenas übertragen, der ursprünglich ein kleinasiatisches Volk bezeichnete.

